

40761
17

UN M

~~UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO~~

ESCUELA NACIONAL DEL ESTUDIO PROFESIONALES
"ARAGÓN"

"ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO,
TIPO EN BLANCO O DECAIMIENTO DE
UN ESTADO DE DERECHO."

2001

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
MAESTRA EN DERECHO

Presenta

LUZ MARÍA ORTEGA TLAPA



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

*“Gracias a Dios y a la vida,
por la oportunidad de ser cada día un mejor ser humano,
por la oportunidad de ver realizados mis sueños y metas,
por la oportunidad de compartir alegrías y triunfos con mis seres queridos,
nuevamente,
Gracias.”*

Eterno y profundo agradecimiento,
por el apoyo y ayuda que mi familia me ha brindado,
por su amor y comprensión,
por que sé que siempre cuento con ella.

A mis amigas (os), compañeros y colaboradores,
que me han ayudado a crecer y desarrollarme como profesionista,
por acompañarme en el camino de la vida.

En forma particular y con mucho amor a Anais,
por ser tan especial.

*A quien compartió conmigo,
no solo momentos en la elaboración de esta tesis,
sino un poco más de su persona, esencia y espiritualidad.*

Especial agradecimiento a mi tutor y guía,
Maestro JAIME FLORES CRUZ.

INDICE

PAG.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I.- ESTADO DE DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO PENAL. _____ 1

1.1. GÉNESIS DEL ESTADO ACTUAL, COMO ESTADO LIBERAL. _____ 2

1.1.1. El Estado. _____ 2

1.1.1.1. Concepto. _____ 2

1.1.1.2. Elementos. _____ 4

1.1.2. El Estado Moderno. _____ 6

1.1.2.1. División de Poderes. _____ 6

1.1.2.2. Fines del Estado Moderno. _____ 12

1.1.3. Humanismo, Estado y Derecho. _____ 15

1.2. ESTADO DE DERECHO. _____ 18

1.2.1. Características generales. _____ 19

1.2.2. Estado nacional. _____ 26

1.2.3. Estado fascista. _____ 27

1.2.4. Estado legalista. _____ 32

1.2.5. Estado liberal. _____ 37

1.2.6. Estado democrático. _____ 41

1.3. PROYECCIONES DE LA IDEA DE ESTADO SOCIAL DEL DERECHO. _____ 44

1.3.1. El Estado de Derecho y el Derecho Penal. _____	44
1.3.2. Del Estado Liberal del Derecho al Estado Social del Derecho. _____	46

CAPÍTULO II.- FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO Y LEY

PENAL. _____	50
---------------------	-----------

2.1. LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO. _____

2.1.1. Noción sociológica. _____	51
2.1.2. Las Escuelas Penales. _____	52
2.1.2.1. La filosofía penal hasta Carrara. _____	53
2.1.2.2. La Escuela Clásica. _____	56
2.1.2.3. La Escuela Positiva. _____	57
2.1.2.4. La Escuela de la Defensa Social. _____	58
2.1.3. Resultado de la controversia doctrinal entre las escuelas. _____	59

2.2. LA LEY PENAL. _____

2.2.1. Noción de ley penal. _____	63
2.2.2. Precepto y sanción. _____	64
2.2.3. Mandato y prohibición. _____	65
2.2.4. Normas incriminadoras y reguladoras. _____	66
2.2.5. Normas completas e incompletas. _____	68
2.2.6. Normas penales en blanco. _____	69
2.2.7. Clasificación de las normas penales en blanco. _____	70
2.2.8. Fuentes del Derecho Penal. _____	77
2.2.9. Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal. _____	78

2.2.10. Ámbito de validez de la ley penal, requisito sine qua non para su eficacia. _____	87
---	----

CAPÍTULO III.- LA TIPICIDAD, ESTRUCTURA DE LOS TIPOS PENALES Y SUS RELACIONES CON LA PUNIBILIDAD Y LA ANTIJURICIDAD. _____	98
---	----

3.1. TIPO Y TIPICIDAD. _____	99
3.1.1. Concepto de tipo. _____	99
3.1.2. Evolución de los conceptos de tipo y tipicidad. _____	104
3.1.3. Tipicidad y su ausencia. _____	106
3.1.4. Principios generales de la tipicidad. _____	113
3.1.5. Clasificación de los tipos. _____	113
3.1.5.1. Tipos legales y tipos judiciales. _____	113
3.1.5.2. Tipos abiertos y tipos cerrados. _____	115
3.1.6. Concepciones objetiva y compleja del tipo penal. _____	116
3.1.6.1. Concepción objetiva del tipo penal. _____	116
3.1.6.2. Concepción compleja del tipo penal. _____	117
3.1.7. Supresión o modificación del tipo. _____	118
3.1.8. El tipo objetivo y sus elementos. _____	119
3.1.8.1. Elementos objetivos. _____	120
3.1.8.2. Elementos normativos. _____	122
3.1.8.3. Elementos subjetivos. _____	125
3.1.9. El tipo subjetivo y sus elementos. _____	128
3.1.9.1. Elementos subjetivos específicos. _____	131

**ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO, TIPO EN BLANCO
O DECAIMIENTO DE UN ESTADO DE DERECHO.**

3.1.10. Método de estudio del tipo. _____	132
3.1.11. Clasificación del delito en orden al tipo. _____	137
3.1.11.1. Tipos en orden a las características de la conducta: de formulación libre y casuísticamente formados. _____	141
3.1.11.2. Tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados: simples y complejos. _____	142
3.1.11.3. Tipos en orden a la forma de su integración: básicos y fundamentales, especiales y complementados. _____	143
3.1.11.4. Tipos en orden a su autonomía e independencia: autónomos y subordinados. _____	144
3.1.11.5. Tipos en orden a su forma de afectación al bien jurídico: de daño y de peligro. _____	145
3.1.11.6. Tipos en orden a su composición: normales y anormales. _____	146
3.1.11.7. Tipos en orden a su formulación: alternativa y acumulativa. _____	146
3.1.12. Cuerpo del delito o elementos del tipo penal. _____	147
3.2. LA PUNIBILIDAD Y LAS CAUSAS QUE LA EXCLUYEN. _____	152
3.2.1. Concepto. _____	152
3.2.2. Punibilidad y Delito. _____	155
3.2.3. Ausencia de punibilidad. _____	159
3.3. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD. _____	162

CAPÍTULO IV.- EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO Y EL ESTADO DE DERECHO.	165
4.1. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL JUICIO DE AMPARO.	166
4.2. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL MÉTODO DE ESTUDIO DEL TIPO EN LA ACTUALIDAD.	170
4.3. ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DEL DELITO ESPECIAL DESCRITO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.	
4.3.1. Análisis de la estructura del tipo penal.	181
4.3.2. Clasificación del tipo.	183
4.3.3. Análisis objetivo del tipo.	188
4.3.4. Elementos subjetivos del tipo.	189
4.3.5. Clasificación del delito en orden al tipo.	191
4.3.6. Punibilidad.	192
	195
4.4. IMPROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, POR FALTA DE PUNIBILIDAD DEL TIPO EN BLANCO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.	199
4.5. CONSIDERACIONES PARA PROPONER EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y PROPUESTA DE REFORMA.	204

*ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO, TIPO EN BLANCO
O DECAIMIENTO DE UN ESTADO DE DERECHO.*

CONCLUSIONES. _____	217
PROPUESTAS. _____	227
BIBLIOGRAFIA. _____	231

INTRODUCCIÓN.

Desde tiempo remotos, el hombre como ente pensante e integrante de una sociedad, ha tratado de organizarse, a manera tal que su convivencia sea armónica y pacífica, todo ello lo condujo a la creación del Estado como ente jurídico, sin embargo, la historia nos muestra sus diferentes formas en que éste ha surgido, protegiendo los intereses de la sociedad que lo componen o sólo de cierto grupo en protección de sus intereses particulares. De ahí la creación del derecho, que es el instrumento del Estado para cumplir con sus fines mas primordiales e indispensables, como lo son la seguridad jurídica, para el mantenimiento de la paz y bienestar social.

No obstante, no todo Estado es Estado de Derecho, si bien el Estado utiliza al Derecho, porque es a través de él como funciona éste, bajo un orden jurídico, con un sistema normativo o sistema de legalidad. El Estado es pues, la configuración jurídica entre la organización y el ejercicio del poder político, encaminado a proteger la existencia de los individuos con normas e instituciones garantizadoras de sus derechos y libertad.

Así, el Derecho Penal y el Estado tienen una función de garantía sobre los individuos que lo componen y hacia el cual va dirigido la norma. Es aquí, donde haya su ubicación el *ius puniendi* y el *ius puenale* del derecho penal, función exclusiva del Estado que ejerce a través de sus órganos de poder.

Toda norma creada por el Estado, es norma jurídica, la cual tiene como función primordial la de garantizar la tutela de los bienes jurídicos, objeto principal de las leyes penales, ya que de estimarse que la norma no funciona o no es

eficaz es signo inequívoco de transgresión a los derechos de los individuos que lo componen, dando lugar a la impunidad y a la inseguridad jurídica, dando lugar a que el Estado deje de ser de Derecho, característica esencial de los regímenes democráticos sociales.

Por otro lado, y como norma básica, en un rango inferior a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se encuentra la Ley de Amparo, la cual al prever el juicio de constitucionalidad o legalidad, es como se protege a los individuos en sus derechos, de los actos arbitrarios e ilegales desplegados por parte de las autoridades, representantes del poder del pueblo.

Al contemplar el juicio de garantías la medida cautelar de la suspensión del acto reclamado, se protege a los gobernados a fin de que no sea violada o transgredida su garantía constitucional. Sin embargo, si esta protección no es respetada por la autoridad responsable, violándose en transgresión y afectación de los derechos del hombre protegidos en nuestra Carta Suprema, el Estado deja de cumplir con sus fines para los cuales fue creado.

El bien jurídico que protege el tipo penal contenido en el artículo 206 de la Ley de Amparo, que prevé el delito especial sobre la violación a la suspensión provisional o definitiva que se le concede al quejoso, a fin de que no sea perturbado en su derecho, es un bien de mayor trascendencia, en principio por el titular de ese bien que lo es la sociedad, ya que interesa a ésta se conserve un Estado de justicia, en base a la legalidad previamente establecida. Y si por cuestiones de política criminal, quien puede ejercitar la acción penal correspondiente ante hechos posiblemente constitutivos de delito, lo es el Ministerio Público, quien por problemas de confusión de términos considera que constituye una norma penal en blanco, por

carecer de la punibilidad respectiva, al remitir o hacer reenvío para el fin de la fijación de la pena al artículo 215 del Código Penal Federal, delito que queda archivado mediante el no ejercicio de la acción penal, quedando impune tal hecho, no obstante su trascendencia jurídica y material, creando inestabilidad, inseguridad social y decaimiento del Estado de Derecho.

Es importante destacar, si la reforma realizada en los artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de mayo de 1999, dio solución al problema para la integración del delito, se entendió claramente el lenguaje tanto a nivel fáctico como a nivel normativo de los conceptos de los elementos del tipo penal, por los del cuerpo del delito, se resolvió el problema de la impunidad que se observa en la actualidad, y se ve hacia el progreso y desarrollo de un verdadero Estado social democrático Derecho. Si con el Proyecto de Reforma de la Nueva Ley de Amparo, se subsana tal omisión y se consolida, con ello el Estado de Derecho, dentro de la cual participó el poder judicial, y con ello se crea mayor seguridad jurídica.

Resalta, la importancia si existe evolución en el tipo, se rebasa a la teoría finalista de la acción, si se regresó a la Escuela Clásica del Derecho Penal o a la Neoclásica, en razón de que al dejar conductas antisociales impunes, y más aún cuando el sujeto activo lo es, una autoridad, no cumple con sus funciones, ya que depende del método de estudio que se utilice como se le integrara, siendo éste un medio para que el Estado cumpla con sus fines primordiales dentro del campo de lo penal, ejerciendo su función punitiva.

El Derecho Penal está dirigido a los bienes jurídicos de mayor importancia, en base al principio de intervención mínima, siendo la última

ratio, pues antes de legislar acerca de una conducta que constituya delito e imponer la pena, el Estado debe prevenir mediante leyes administrativas, las conductas delictivas, también bajo la conciencia en base a la legalidad, justicia y humanismo de las autoridades, representantes del poder del pueblo.

Hallar entonces, la adecuación y la armonía pura entre la legalidad formal y los ideales de justicia y libertad. En busca de un Estado de Derecho, con alto grado de humanismo, que tenga como principio y fin la consecución y el perfeccionamiento de los valores éticos y morales que dan a la persona humana esa calidad. Luego entonces, la pena nunca debe ser mayor al daño causado, pero si el daño es la inseguridad, que tan preventiva y ejemplificativa constituye una pena indeterminada o no bien analizada, dejando entonces de cumplir con los fines de justicia, retribución y prevención.

Encontrar una solución al problema de las leyes en blanco, que nos conduzcan a una verdadera consolidación del Estado ya no sólo de Derecho, sino al Estado liberal y democrático de Derecho.

Concienciar a la institución del Ministerio Público que su función es social, en protección de los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, y al dejar de ejercitar la acción correspondiente, genera impunidad, desasosiego social, inestabilidad jurídica; que la función de imponer sanciones corresponde al juez y solamente a este, hacer el juicio de reprochabilidad, cuya función primordial es a impartir justicia, más no mera legalidad sin sustento lógico jurídico razonado.

CAPÍTULO I.- ESTADO DE DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO PENAL.

1.1. GÉNESIS DEL ESTADO ACTUAL, COMO ESTADO LIBERAL.

1.1.1. El Estado.

1.1.1.1. Concepto.

1.1.1.2. Elementos.

1.1.2. El Estado Moderno.

1.1.2.1. División de Poderes.

1.1.2.2. Fines del Estado Moderno.

1.1.3. Humanismo, Estado y Derecho.

1.2. ESTADO DE DERECHO.

1.2.1. Características generales.

1.2.2. Estado nacional.

1.2.3. Estado fascista.

1.2.4. Estado legalista.

1.2.5. Estado liberal.

1.2.6. Estado democrático.

1.3. PROYECCIONES DE LA IDEA DE ESTADO SOCIAL DEL DERECHO.

1.3.1. El Estado de Derecho y el Derecho Penal.

1.3.2. Del Estado Liberal del Derecho al Estado Social del Derecho.

CAPÍTULO I.- ESTADO DE DERECHO Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO PENAL.

1. GÉNESIS DEL ESTADO ACTUAL, COMO ESTADO LIBERAL.

1.1.1. El Estado.

1.1.1.1. Concepto.

En la Edad Media y el Renacimiento, surge como primera vez el concepto de Estado Moderno, primeramente surgió como un fenómeno social, después como una organización jurídica y como concepciones de ideales morales, según los diversos aspectos de tiempo y espacio. Al considerar al Estado como una organización jurídica, se hacía patente el poder que éste ejercía sobre su pueblo, debiendo estar este poder jurídicamente ordenado, siendo aquí donde encuentra importancia el Derecho en la organización del Estado.

Podemos decir entonces, que el Estado empieza por la extensión territorial donde se encuentra asentado; está unido a su pueblo, que habita en él y; por otro lado, su organización jurídica que ejerce en éste. Siendo, todo lo anteriormente señalado, las características esenciales de Estado Moderno.

Siguiendo el criterio de las diversas teorías existentes, sobre la naturaleza del Estado, y acuerdo al Profesor Andrés Serra Rojas, dentro de su obra de Ciencia Política, identificadas como: Teoría Organicista, Teoría de Hegel, Teorías Sociológicas, Teoría de la Institución de Maunce Haurio y Teorías Jurídicas ¹. La más

¹ Para más información consultar a Andrés Serra Rojas, *Ciencia Política*, Editorial Porrúa, S.A., 4ª ed., México, 1988 (c 1978), pág. 208.

allegada a nuestro concepto e intereses es la Teoría Jurídica, sustentada por Hans Kelsen, quien considera al Estado como un sistema de derecho, partiendo de la idea de que es pura y simplemente un sistema normativo vigente, ampliando sus ideas manifiesta, que como objeto de la ciencia del derecho tiene que ser o da la totalidad del orden jurídico o un orden jurídico parcial, por lo que llega a la consideración de que el Estado es un orden jurídico.

Aunque todo Estado requiere de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no puede designarse totalmente a que sea todo un Estado por ese simple hecho, ya que constituye a una imprecisión conceptual y real que lleva a confusión.

El Estado de derecho con poder regulado y limitado por la ley se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto y totalitario, como Estado con poder ilimitado, en el sentido de no controlado jurídica o, al menos, insuficientemente regulado y sometido al Derecho.

De acuerdo al Profesor Elías Díaz² quien señala que el control de carácter jurídico, en el control que el derecho puede ejercer sobre el poder y la actividad del Estado, sin él no hay Estado de Derecho, sino Estados más o menos absolutos; las limitaciones de carácter religioso, ético o yusnaturalista son insuficientes para dar lugar a un auténtico Estado de Derecho, éste sólo surge con los controles y regulaciones marcados al Estado por la ley positiva. El Estado de derecho comienza – lógica e históricamente- con el “imperium de la ley”; antes del control jurídico no hay, en efecto, Estado de Derecho, sino Estado absoluto. En una vaga idea, no todo Estado es Estado de Derecho.

² Elías Díaz. *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Editorial Cuadernos para el diálogo, S.A., 6ª ed., Edicusa Madrid, 1975, pág. 29.

1.1.1.2. Elementos.

Todo Estado Moderno, requiere de elementos intrínsecos y extrínsecos inherentes a su propio concepto, mismos que adquirió a través de la historia, los cuales son: el Territorio, la Población y el Poder.

Al Territorio, lo podemos definir como “. . . uno de los elementos que permiten a la nación realice su unidad, pero además, una comunidad no es apta para formar un Estado mientras no posea un suelo, una superficie de tierra sobre la cual pueda afirmarse como dueña de sí misma e independientemente, es decir, sobre la cual pueda, al mismo tiempo, imponer su propia potestad, rechazar la intervención de toda potestad ajena”³.

Se desprende de éste concepto dos aspectos: uno negativo y el otro positivo. El negativo se presenta como una limitación a los poderes de los otros Estados, es decir, que ninguno de éstos poderes puede imponer su orden jurídico sobre otro Estado cuando de hecho se infringe este principio, se dice que hay una violación a la soberanía, considerándose esto como un ataque grande a la libertad y dignidad del Estado víctima de dicha violación.

El positivo se presenta como la posibilidad de aplicar las leyes emanadas del Estado y todos los actos de autoridad en forma coercitiva, a todas las personas y bienes que se encuentren dentro del territorio, esto es, que cualquier persona física o moral que se encuentre en él, se haya sometida a su orden jurídico, con las excepciones que emana el derecho.

³ R. Carré de Malberg, *Teoría General del Estado*. Versión española de José Lion Depetre. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1948, págs. 22 y 23

Es aspecto que a nosotros nos importa, es el positivo, ya que en base al mismo es donde el Estado hace efectivas sus leyes emanadas dentro de su propio territorio y dirigidas a las personas y a las cosas que se encuentran dentro de él, ya que de no ser así, el Estado se encontraría imposibilitado para desarrollarse tanto económica como socialmente. El territorio en el terreno del derecho es la expresión práctica de la JURISDICCION. Coincidiendo con Kelsen, territorio es la extensión geográfica en donde se ejerce la jurisdicción de un Estado.

De lo anterior se desprende entonces, que la jurisdicción, es una de las funciones primordiales del Estado y a través de ella, se actualiza el concepto de justicia, que en términos del Profesor Kelsen quien señala que "Justicia es felicidad social", y del cual se deriva una serie de cuestionantes donde en primer término el conflicto entre la felicidad individual y la social, él mismo sigue apuntando que "La felicidad que un orden social es capaz de asegurar puede ser únicamente en sentido colectivo, esto es, la satisfacción de ciertas necesidades, reconocidas por la autoridad social, el legislador, como dignas de ser satisfechas, tales como la necesidad de alimentos, vestido y habitación. Pero ¿qué necesidades humanas son dignas de ser satisfechas y, sobre todo, cuál es el orden jerárquico que les corresponde? Estos problemas no pueden ser resueltos por medio de un conocimiento racional."⁴, a este conflicto de ideas el autor señala que debe entrar un juicio subjetivo de valor, el cual dependiendo de la postura ideológica política que guarde tendrá una respuesta diferente, y de quien lo juzgue, así tendremos diferentes posturas si se trata de cristianos, de liberalistas o de socialistas. Asimismo, esta cuestión no puede ser resuelta únicamente de una manera racionalista, porque entraríamos a otro conflicto entre lo que es verdad y lo que es realidad, dependiendo de la corriente que adopte cada idea, pero partiendo de que la felicidad está dirigida hacia los seres humanos, éstos son los

⁴ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción. Eduardo Garcia Maynez, UNAM, México, 1988, pág. 7.

que tienen que evaluar las circunstancias, las cuales dependiendo de la expresión de sus emociones, se justifica su conducta, por ello es difícil de hablar de lo que es justo e injusto, simplemente, éste termino debe basarse en dos principios fundamentales, los cuales se aplican a nuestro sistema político y jurídico, la libertad y la igualdad.

Nuestra estructura jurídica se encuentra plasmada en el artículo 40 de nuestra Carta Magna, como “una República representativa, democrática y federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una Federación establecida según los principios de ésta ley fundamental”, estructura que encuentra su base fundamental en el concepto de soberanía, donde el poder radica esencial y originalmente en el pueblo, quien es el que toma sus decisiones sobre su propia existencia política.

La existencia política de nuestro Estado se basa en la División de Poderes de Montesquieu, así nos encontramos que “el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión” tal y como lo contempla el artículo 41 de la Constitución Política, y siguiendo su espíritu, tenemos al artículo 49, que establece “El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial”.

1.1.2. El Estado Moderno.

1.1.2.1. División de Poderes.

Como ha quedado apuntado anteriormente, nuestro Estado se rige por la división de poderes, siguiendo la doctrina de Carlos de Secondant, Barón

de Montesquieu, inspirado Locke, quien en base a las formas puras e impuras de gobierno de Aristóteles, difundió su doctrina misma que adquirió un carácter auténtico de dogma constitucional.

La historia, desde las remotas épocas de los siglos XV y XVI, con la revolución francesa, y la relación de grandes ilustres de la época renacentista tales como Juan Jacobo Rousseau y Sieyes, promulgaron que todo Estado Moderno, para su total perfeccionamiento y respeto a los derechos del hombre, debía tener tres poderes. Ideología que trascendió hasta nuestros límites territoriales, siendo hasta nuestra Constitución de Apatzingán en 1814, cuando se incorporan por primera vez los principios revolucionarios de la soberanía popular y de la división de poderes, integrándose los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Aún, cuando Montesquieu afirmó que con el principio de la división de poderes se pasó a formar parte integrante del derecho constitucional liberal y característica esencial de todo "Estado de Derecho", depende de cada sistema gubernamental su funcionamiento, para así cumplir y justificar sus fines propios de Estado Moderno. Este principio funcionó hasta el año de 1815, en el cual Benjamín Constan, a los "tres poderes" de Montesquieu le añade "un cuarto poder", asignándole una función moderadora o reguladora del funcionamiento de los otros "tres poderes" restantes, ésta función de regulación se producía, en la doctrina de Montesquieu, inmanentemente por la simple interacción de la "trinidad de poderes", y para éste el poder "regulador", neutral o moderador pertenece, por lo general, al Jefe de Estado como órgano diferenciado del gobierno o ejecutivo y que actualmente, es ejercido por los tribunales constitucionales en algunos sistemas.

En nuestro sistema, ésta función reguladora no se encuentra en ningún otro poder, no obstante que el artículo 49, párrafo segundo, de nuestra Carta Magna estipula que “No podrán reunirse dos o más de éstos poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgaran facultades extraordinarias para legislar.” (SIC), encuentra justificación la doctrina de Montesquieu, lo que no previó fue el sentido de las facultades “extraordinarias”.

Desde la institución de la Constitución Federal de 1857, el régimen presidencial adoptado contempló ciertos matices parlamentarios, pudiéndose considerar como un sistema intermedio entre el de la Constitución de Estados Unidos (1774) y el parlamentario tipo europeo, entonces en boga y bajo la influencia del pensamiento roussoniano. Depositándose en el Ejecutivo en un presidente de la República, subordinándosele teóricamente al Congreso Federal, época en la que estaba constituido sólo por la Cámara de Diputados, ya que la de Senadores era considerada por el Constituyente como un órgano centralista y aristocratizante adverso a los intereses de la República Federal. Siendo con las reformas del año de 1874, cuando el presidencialismo se consolida, restableciendo al Senado y recuperando el derecho de veto en su favor, anteriormente perdido, hasta la revolución de Tuxtepec, dos años más tarde cuando inicia la dictadura de Porfirio Díaz, reforzándose totalmente el presidencialismo.

Con éste hecho histórico, se perdió la doctrina de Montesquieu basada en la unidad y colaboración de los poderes, y no obstante ello, el Constituyente de 1917 no aprendió la lección, otorgándole más poder al Ejecutivo, al

darle facultades extraordinarias para legislar. Pero no sólo en cuestión de legislar interviene el Ejecutivo, otro ejemplo histórico se presenta con las reformas constitucionales de 1928, donde se favorece al ex-presidente general Alvaro Obregón, ampliándose el periodo presidencial de cuatro a seis años, además de la posibilidad de la reelección del titular del Ejecutivo Federal para un periodo posterior; se modificó la fracción VI del artículo 73 constitucional, a fin de suprimir el sistema municipal en el Distrito Federal, para ser substituido por un departamento administrativo; se alteró el contenido del artículo 96 constitucional, donde correspondía al Congreso de la Unión el nombramiento de los ministros de la Suprema Corte, para substituirlo por uno similar al sistema estadounidense, mismo que se aplica a todos los jueces federales, así, quedó el nombramiento de los ministros a favor de la designación que realice el Presidente de la República, con aprobación del Senado de la República; se adicionó el artículo 111 constitucional, para otorgarle la facultad al Presidente de la República de solicitar ante la Cámara de Diputados la destitución por “mala conducta”, no sólo de los miembros de la judicatura federal, sino también la de los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y de los entonces territorios, así como la destitución de los jueces del orden común reforma que fue derogada hasta el año de 1982 y, de conformidad con el artículo 110 de nuestra constitución, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo pueden ser removidos previo juicio político, y los magistrados y jueces federales, pueden ser destituidos por el Consejo de la Judicatura del Poder Judicial de la Federación creado en el año de 1995, así como los magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, quedará su destitución a cargo del Consejo de la Judicatura perteneciente al mismo.

Por otra parte, es una grave violación al principio de la división de poderes, la continua delegación de facultades extraordinarias al Ejecutivo para legislar en situaciones normales y con la tolerancia de los órganos Legislativo y

Judicial, a pesar de la prohibición expresa del artículo 49 constitucional para otorgarlas fuera de los casos previstos por el artículo 29 del mismo ordenamiento. Con ello, se denota tanto en teoría como en la vida real y cotidiana, que el establecimiento de la división de poderes se introdujo y se maneja, bajo los rasgos de un presidencialismo, que no equilibra ni unifica a la “trinidad de poderes”, que contemplan los verdaderos sistemas democráticos, ya que al existir ingerencia en sus decisiones, carecen de autonomía y de libertad para desempeñar debidamente sus funciones.

Como es bien sabido, el Poder Ejecutivo le corresponde lo referente a la Administración Pública y la ejecución de las leyes, facultades contempladas en el artículo 89 de nuestra Carta Magna, dispositivo legal que denota la amplitud de facultades, pero sus facultades extraordinarias se encuentran en diferentes preceptos legales de nuestra Constitución, tal y como es el caso de los artículos 29, 33, 66, 96, 98, 99 y 131, a través de ellos, se le da la oportunidad al Ejecutivo de ingerir en las funciones tanto del poder Legislativo como del Judicial, en razón de que de alguna manera se encuentran subordinados a la decisión del titular del Ejecutivo Federal.

Carré de Malberg⁵, criticó el principio de la “división de poderes”, por considerarla destructiva de la unidad de Estado y, por ende, de su fuerza, apuntó que la igualdad o equilibrio de poderes, de hecho, no ha existido jamás, en tanto que la historia nos demuestra que es inevitable que alguno de los poderes tenga preponderancia sobre los demás, como ocurre en nuestro sistema de organización política. Desde que nuestro Estado, adoptó las ideas federalistas y del establecimiento de la soberanía popular, ésta como poder único radicado original y esencialmente en el pueblo, en base a “El contrato social” de Rousseau y, quien manifestó en su obra que la división de poderes no era más que una emanación de la

⁵ R. Carré de Malberg, *ob. cit.* págs. 22 y 23.

autoridad soberana, a la cual éstos poderes están supeditados. De ahí se deriva, que acorde a sus características de inalienabilidad, indivisibilidad y absolutividad, la soberanía no es otra cosa más que el ejercicio de la voluntad general, como poder único, sólo puede entonces existir un “Supremo Poder de la Federación”, y lo que en realidad está dividido no es el poder en sí, sino su “ejercicio”. George Jellinek criticó el principio de la “división de poderes”, señalando que la pretensión de adscribir a cada uno de los órganos del Estado el ejercicio exclusivo de algunas de las respectivas funciones tradicionales resulta imposible en la práctica. Por otro lado, después de la primera guerra mundial, Schmitt criticó también éste principio, a lo cual advirtió que debía hablarse más bien de una “distinción de poderes” más no de una “división”, cuyo objetivo primordial era lograr el equilibrio entre los órganos del mismo poder.

De tan acertadas críticas, no nos resta más que afirmar, que en la actualidad y en la realidad, deberíamos hablar más bien de “colaboración o coordinación de poderes”, en razón de que al ser un Estado con soberanía popular, el “supremo Poder de la Federación” se encuentra separado de sus funciones, más no dividido, en razón de que la práctica, en quienes delegamos ese poder entiende que efectivamente existe “división”, pero no de poderes sino de “funciones”, ya que no existe una clara colaboración con la intención real y mediata de ejercerlo en beneficio del bien común. Un claro ejemplo, es que los ministros que componen la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hoy día, no ingieren en las funciones del Congreso de la Unión, en razón de que la historia nos ha demuestra que ya tenían facultades de iniciar leyes, lo que nuevamente se quiere retomar.

1.1.2.2. Fines del Estado Moderno.

Todo Estado tiene una justificación, misma que se encuentra ligada con su naturaleza, y es a través de sus fines donde cuestionablemente se encuentra si sus fines son propios de él o si son un medio para realizar los fines de los individuos o de los grupos sociales que lo forman.

El Estado tiene fines propios, ya que realiza la idea de que el hombre puede hacerse en lo social. Pero lo social sólo es posible a través del Estado; así mismo, se justifica mediante sus fines, ya que su importancia y su realización hacen necesaria la existencia del Estado, siendo su fin primordial, el establecimiento y la realización del Derecho y el bien común.

Siendo el Derecho el regulador de las aspiraciones del hombre, basadas en necesidades concretas de la vida humana, busca los modos o maneras de satisfacerlas, tomando su origen que solidaridad formada por la existencia de necesidades, tendencias y aspiraciones comunes o distintas de los individuos, manifestándose esta solidaridad en apoyo a la opinión de Durkheim, como el lazo que mantiene unidos a los hombres en sociedad, ya que si no existiera la sociedad no habría solidaridad o interdependencia social y a la realización del Derecho, ya que éste es el que garantiza la posibilidad de una vida social.

No todas las doctrinas consideran como fin primordial del Estado, el establecimiento y la realización del derecho. La Teoría eudomonista, considera como fin inmediato del Estado, el bienestar del individuo y de la comunidad misma; adquiriendo ésta doctrina tal importancia que toda la doctrina antigua del Estado está levantado sobre ella. A través de diferentes escuelas y de los modernos

sistemas en que se ha desarrollado la teoría eudomonista, han llegado a definir al estado, diciendo que es una institución que no sirve más que para alcanzar la utilidad común.

Entre otros autores que son partidarios de esta doctrina es Christian Wolff, quien sostiene que debe permitirse la limitación de la libertad del individuo, en tanto que sea necesario para que el Estado alcance sus fines y bajo el amparo de esta teoría, surgen aquellas que consideran justificado todo ataque a la vida individual, siempre que sea necesario el bien general y la realización del bien común.

Para la teoría de los fines éticos del Estado, el fin inmediato consiste en la realización de la moral, sus partidarios consideran que el bien más próximo es el bien moral, y han llegado al grado de afirmar que el estado existe sólo para alcanzar el bien, o sea una eudomonia, no sólo física, sino también y sobre todo moral.

En general, el Estado tiene tres fines primordiales que son:

1. Un fin económico, el cual debe entenderse como el buen mantenimiento de las relaciones económicas existentes entre los individuos de una sociedad.
2. Un fin social, que consiste en velar por la existencia y el mantenimiento del orden, en el seno del grupo social.
3. Un fin educativo, entendiéndose tal, no sólo como instrucción, sino también el desenvolvimiento moral y religioso del individuo.

El Profesor Andrés Serra Rojas⁶, nos muestra una clasificación de las teorías que tratan de explicar los fines del estado, estableciendo:

La teoría que niega toda finalidad al estado ya que sus fines se encuentran implícitos en su propia existencia.

Las teorías que afirman que el Estado tiene fines diversos que realizar considerando que es necesario que la actividad humana y la realización de propósitos superiores, no podrán estar manejados por el interés privado, sino en un bienestar común manejados por el ente del Estado.

Las teorías absolutas y las teorías relativas, las primeras consideran a un Estado de tipo general o universal al cual pueden aplicarse principios absolutos; la segunda, estudia a los fines como aquellos que son impuestos a la actividad del Estado por su propia naturaleza, o sea, se basan en un caso concreto como pudiera ser su constitución política.

Las teorías de los fines exclusivos y los fines concurrentes del Estado; los primeros son todas aquellas funciones propias del estado, atribuidas por sus propias normas y que no pueden ser desempeñadas por particulares, como es el caso de la emisión de billetes, la defensa nacional, etc. Las segundas, son todas aquellas que son proporcionadas por el Estado, conjuntamente con los particulares como la educación que independientemente es proporcionada por el estado, también los particulares tienen escuelas, institutos, etc.

⁶ Andrés Serra Rojas, *Ciencia Política*, pág. 717.

Después del breve análisis de las teorías antes mencionadas es cuestionable que los fines que se le atribuyen al Estado, como la libertad del individuo, la seguridad interior y exterior del grupo social, la cultura, la realización de la justicia, en fin, el bien común, está íntimamente reunido al derecho.

Dentro de toda la maquinaria que compone nuestro derecho objetivo, plasmado en leyes, de cada época, se puede deducir que el Estado tiene como fin primordial el establecimiento y la realización del derecho, ya que éste se funda en la solidaridad social en cuanto a que constituye el lazo que mantiene unidos a los hombres en sociedad.

Así mismo, el Estado se justifica en que su existencia se hace necesaria para el establecimiento y la realización del Derecho, ya que el Estado como institución, es el único que los puede llevar a cabo y garantizarlos.

1.1.3. Humanismo, Estado y Derecho.

Dentro de éste apartado cabe determinar el concepto de “humanismo” dentro del ámbito del Estado y del Derecho. Hemos apuntado que el Estado es un ente jurídico con personalidad jurídica propia y, es aquel donde la estructura jurídico-política encuentra su justificación que lo es: el bien común de la sociedad.

Ahora bien, nuestro sistema jurídico se basa en la objetividad de las leyes, las cuales encuentran su eficacia en la interpretación de los dispositivos o hipótesis legales, plasmadas en Códigos y Leyes. Es una cuestionante que llama la atención, el preguntarnos ¿si el Derecho tiene una relación subjetiva al

aplicarse como norma jurídica general y obligatoria?, o si simplemente se justifica y encuentra su objeto el de aplicarse la norma a la interpretación de su letra.

De ser así, y que así lo es, nos enfrentamos ante un sistema rígido y cerrado, y en consecuencia nos enfrentamos ante lo que es un Estado Legalista y no un verdadero Estado de Derecho, pero ese no es el punto importante, sino el sentido de que el Derecho tiene como fin primordial la regulación de la conducta humana dentro de la sociedad, hacia la cual va dirigida toda la actividad propia del Estado Moderno. Por lo tanto, el hombre se encuentra sujeto a cambios subjetivos, los cuales, en un momento determinado el Derecho y el Estado pasan por alto, de ahí se derivan algunos principios o directrices de derecho tales como: "la ignorancia de la ley no exime de su responsabilidad", el cual haciendo un análisis objetivo y real, resulta rígido y cerrado en razón de que no se resuelve el problema mediato del ¿por qué la sociedad o en su caso, el individuo, ignora la ley?, es aquí donde entra el humanismo.

La egología, es una expresión de humanismo jurídico, en ella el Derecho no es norma, sino conducta humana viviente en cuanto viviente, y al llevar ese principio a la filosofía del Derecho y a la ciencia jurídica "sensu stricto", quiere hacer efectivo el postulado de la humanidad del Derecho.

El Derecho se deshumaniza cuando se convierte en un objeto desvitalizado, puramente lógico y conceptual. Donde no cabe el jusnaturalismo positivo, es decir a los derechos más inherentes del ser humano, situación que no cabe en nuestro derecho en razón que desde el nacimiento de los derechos fundamentales del hombre, como efecto de la Revolución Francesa y de su declaración en el año de 1789, corriente adoptada por nuestra Constitución Política de 1917, no podemos

hablar solamente de un derecho puramente objetivo, de ser así se actualizaría el criterio del profesor Luis Legaz y Lacambra, quien apunta que “. . . en el pandectismo ochocentista, la ciencia jurídica se había convertido en un campo de actividades conceptuales que como fin de sí mismas, tenían por normas más la lógica que la consideración ontológica y valorativa a que debe someterse el Derecho, el cual posee una función práctica, ya que existe hominum causa.”⁷.

Esto es, que el objeto mediato del Derecho lo es el hombre, interpretándolo desde su concepción de conducta humana, como ser individual pero que al convivir con los demás se convierte en un ser social. Al sociabilizarse el hombre forma parte de la vida social, pero vida social y lo social se traducen en mandatos, preceptos y usos “impersonales”, porque no existe como creación de la personalidad vitalmente actuante. Desde este punto cabe los factores que hacen que el Derecho no cambie, sino que se transforme, se actualizan las fuentes reales del Derecho, es decir, los cambios sociales, tecnológicos y humanísticos.

Por humanismo, debe de entenderse toda actitud reflexiva del hombre frente a sus problemas, como ser pensante y razonable, sin que lo predomine la pasión ni la deshumanización, sino como ser humano.

De lo anterior, se desprende la necesidad de humanizar al derecho y en consecuencia al Estado. Las humanidades serán, los objetos de esa clase de cultivo (cultura) que tiene por objeto el hombre mismo. El humanismo, su ejercicio inteligente. La sabiduría, como hábito dianoético o vigor intelectual, su efecto. Tendrán que desaparecer muchos prejuicios, y más aún muchas represiones y

⁷ Luis Legaz y Lacambra, *Humanismo, Estado y Derecho*, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1960, pág. 10.

cerrazones, siendo lo más importante entonces, el interés social sobre el interés individual o de clases o minoría, como nos lo muestra la actualidad.

Dentro de una base de organización política y del sistema jurídico puede no haber humanismo. Es decir, que no predomine la razón, sino la pasión. El humanismo jurídico tendrá que partir de que el hombre es persona, y de la afirmación de la supremacía del hombre. El humanismo jurídico no se afirma con sólo establecer una lista de derechos; eso será el resultado, pero no la causa ni la esencia, aquí el Estado considera al hombre como un fin en sí mismo.

El Estado, como ente jurídico, es una realidad social y el Derecho, como conjunto de normas jurídicas que regulan la conducta del hombre en sociedad, es una forma de vida social, de ahí surge la máxima de Lermínier, quien dijo *Le Droit c'est la vie* que significa El Derecho es la Vida⁸.

Se puede decir que el Derecho debe estar vivo, de esta latís se desprende que esa vivencia debe estar basada en el humanismo, el cual conlleva a los idealismos de igualdad y libertad que son las directrices de la justicia, y al existir justicia se justifican los fines para los cuales fue creado el Estado, representando por tanto, un Estado de Derecho.

1.2. ESTADO DE DERECHO.

Cuando un Estado, adopta los derechos fundamentales del hombre, basados en la ideología jusnaturalista, su conservación de los derechos

⁸ Luis Legaz y Lacambria, *ob. cit.* pág. 10.

naturales e imprescriptibles del hombre, tales como nuestras garantías constitucionales, contempladas y plasmadas en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917; así como, la adopción de un régimen democrático, no cabría ni la menor duda que nos enfrentamos ante un verdadero Estado de Derecho, pero, la realidad histórica y actual, nos revela otra circunstancia, si en realidad estamos hablando de un régimen democrático (o sólo en teoría), o si estamos hablando de cualquier otro régimen político. A fin de acertar en nuestra postura y, no criticar ni rechazar nuestro sistema y estructura política, analizaremos las características generales del Estado de Derecho.

1.2.1. Características generales.

Todo Estado de Derecho debe tener características generales, como exigencias más básicas e indispensables, las cuales pueden concretizarse en:

1) Imperio de la ley, pero la ley como expresión de la voluntad general. Esta característica es una premisa de todo Estado de Derecho, que exhibe el contexto que arranca del liberalismo y culmina en la democracia y el socialismo, donde la expresión de la ley debe ser aquella que formalmente creada por el órgano popular representativo, que en nuestro país está representado por el Congreso de la Unión, es decir, por Cámara de Diputados y Cámara de Senadores, como expresión de la voluntad general.

“En el Estado de Derecho la ley es la concretización racional de la voluntad popular, manifestada, con las posibles intervenciones del ejecutivo, . . . a través de un órgano de representación popular libremente elegido. La

ley ordinaria y el control de la constitucionalidad de las leyes asegura precisamente esa conexión o subordinación”⁹.

No debemos entender únicamente como derecho o ley, la concretización de la voluntad general a través de un órgano de representación, ya que a éste sentido no podemos ratificar que exista “imperio de la ley”, cuando la ley es creada para la conservación inamovible y la defensa a toda costa de un orden y de una legalidad autoritaria, de una legalidad nada democrática, cuando la ley se dicta sin suficiente participación popular, donde se olvidan todas las exigencias del Estado de Derecho, por parte de ése órgano de representación, ya que estamos entonces ante una voluntad absoluta del ejecutivo incontrolado (en virtud de no existir un órgano que lo vigile y supervise), y en consecuencia esa “expresión de voluntad” no es general sino de la voluntad de la burguesía, donde sólo a través de la ley se protegen intereses creados y no, los intereses sociales, como lo exige todo Estado que osa considerarse “Estado liberal”. De ser así, es decir, si la ley justifica la protección efectiva material de los derechos fundamentales del hombre, es lo que justifica a un verdadero Estado social de Derecho, conllevando a lo que es un Estado democrático de Derecho. Ya que las insuficiencias del liberalismo, dan lugar al absolutismo.

2) División de Poderes: legislativo, ejecutivo y judicial. La existencia de la división de poderes da lugar a un Estado de Derecho, en el punto 1.2.1. se trato el tema relativo a la división, pero dentro de éste apartado nos dirigimos a la situación de que si bien es cierto, que la creación de las leyes se encuentra a cargo de la función legislativa, corresponde bien al poder legislativo y que la aplicación de las leyes corresponde a los poderes ejecutivo y judicial. Esto quiere decir, que fundamentalmente, no pueden ser considerados los legisladores en el solo sentido estricto y formal, ni tampoco los

⁹ Elias Diaz, *ob. cit.* pág. 30.

órganos ejecutivo y judicial, toda vez que los titulares de los poderes legislativo y ejecutivo no podrán juzgar, ni inmiscuirse indebidamente en la función judicial; y que los encargados de la función ejecutiva no coincidirán con los órganos legislativos y judiciales.

El principio de la división de poderes no es en sí una mera “división” de poderes, sino una distribución o división de funciones y poderes, una separación de poderes con el sólo objeto de evitar la concentración de los mismos buscando la armonía del ejercicio del poder del Estado a través de su colaboración, en ello radica idea principal de éste principio, pero la realidad demuestra, que efectivamente el poder ejecutivo tiene concentradas tanto funciones legislativas como judiciales, ejemplo, en cuestión de legislar nos enfrentamos con las facultades extraordinarias que le concede la Constitución para legislar al ejecutivo en materia aduanera, dentro del artículo 131; otro claro ejemplo, tenemos la organización y funcionamiento de las Juntas de Conciliación y Arbitraje, las cuales dirimen las controversias entre patrones y trabajadores, y que actúan como órganos judiciales; también tenemos al Tribunal Fiscal de la Federación que depende de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, que actúa como órgano jurisdiccional, realizando funciones de administración de justicia, cuando en realidad es un órgano administrativo, que viola el principio general del derecho consistente en que “nadie puede ser juez y parte”, en razón de que dirime controversias de los particulares con las autoridades administrativas.

3) Legalidad de la administración: actuación de las autoridades según la ley y suficiente control judicial. Este aspecto es muy importante dentro de todo Estado de Derecho, en razón de que si no existe una base sobre la cual descansa el razonamiento lógico jurídico de las conductas externas del hombre, no existe un orden, éste orden debe ser

controlado por el órgano encargado de impartir justicia, pues en base a sus principios, la justicia descansa sobre la igualdad y la libertad, pero ésta libertad debe estar limitada al interés social, ya que tiene un valor más preeminente el interés social que el interés individual.

Ahora bien, el principio de legalidad de la Administración, se concretiza en el sometimiento de la Administración a la ley. Por lo que la administración debe, dentro de su actuación acatar la ley, respetando siempre su primacía, pues sus actos deben de ajustarse a una ley preexistente.

Resulta trascendental, que el principio de legalidad de la Administración, descansa sobre el sometimiento de su actuación sobre la ley, en razón de que es a través de un sistema de control y responsabilidad de la Administración, como se asegura el comportamiento de la autoridad conforme a Derecho, para que así sirva de garantía o aseguramiento para la seguridad de los particulares. Esta seguridad jurídica se basa en el establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos encargados de ello, es lo que el profesor Elías Díaz¹⁰, llama “régimen jurídico de la administración” o “sistema de justicia administrativa”. El control jurisdiccional debe entonces tener, suficiente capacidad y autonomía para ejercer su función, función que en nuestro Estado es regulada por el Poder Judicial.

Lo importante, es establecer si éste órgano representativo de la administración de justicia, realmente cumple con los objetivos para los cuales fue creado y establecido. En todos los Estados de Derecho, existe de cierta forma un régimen jurídico y de control jurisdiccional de la Administración. Pero el problema que

¹⁰ Elías Díaz, *ob. cit.* pág. 36.

presente un Estado de Derecho sobre éste punto, radica en un problema de límites, o sea, hasta que grado de extensión y garantías de efectividad de ese control, está plenamente comprobado a través de la existencia de los adecuados mecanismos e instituciones. No por el hecho de darle más fuerza y poder a uno de los tres poderes, se pone solución al problema planteado, en este sentido, no por ampliarse el poder ejecutivo, aún con la intervención del legislativo, continúa sin tener totalmente, un control legislativo y jurisdiccional, en razón de que no existe una verdadera vigilancia y control por un órgano externo que no tenga otro interés más que el interés social, ya que nos presentamos entonces, fuera del Estado de Derecho, en la zona de un Estado absoluto, autoritario y totalitario, un Estado donde el Ejecutivo maneja un poder ilimitado e incontrolado jurídicamente, pues al no encontrarse un debido control jurisdiccional de la Administración, no se asegura su actuar bajo la sumisión de la ley, ni se garantiza su proceder conforme a Derecho, por lo tanto los ciudadanos no tienen ninguna garantía de que se les aplique justicia.

Según las teorías, se dice que existe un Estado de Derecho, a diferencia de lo que ocurría en los antiguos regímenes absolutistas, cuando la actuación de la Administración está fiscalizada jurídicamente a través de un sistema de recursos contenciosos administrativos atribuidos a favor del particular contra las posibles infracciones legales de la Administración; esto por lo que se refiere a lo que son actos reglados de la Administración, o sea, aquellos que están plenamente establecidos en las normas jurídicas. Los actos discrecionales y los actos políticos o de Gobierno tienden a reducirse en los Estados de Derecho a sus supuestos “justos” términos, ampliándose al mismo tiempo las posibilidades de fiscalización jurídica en ambas esferas. Ahora bien, en los Estados de inspiración totalitaria, las absolutas inmunidades de los grandes poderes discrecionales y políticos de la Administración, da lugar a la total falta de control jurisdiccional sobre ellos, constituyendo así válvulas de escape, que dan

lugar a la concentración ilimitada e irresponsable de poder en el ejecutivo o Gobierno. Es difícil establecer, si en un Estado como el nuestro, realmente se aplica el principio de legalidad, pues no obstante, que los actos de la autoridad se encuentran reglados, también goza de actos discrecionales y políticos, los cuales no tienen una norma establecida que los rija, ni un órgano que vigile su actuación, por lo que aún y cuando existen procedimientos administrativos en contra de los actos de la administrativa, los órganos creados para su vigilancia y aplicación, corresponden al poder ejecutivo, mismo poder, el cual dentro de sus funciones se encuentra el de ejecutar leyes, más no el de administrara justicia, por lo que rompe con el principio general de derecho “de juez y parte”, en perjuicio de los intereses de los ciudadanos, siendo lo correcto que éste “tribunal” dependa del poder judicial, siendo por otra parte contradictorio e incongruente, que la ley aplicable a los conflictos contencioso-administrativos, beneficie a una de las partes, estos a la autoridad administrativa, en razón de los plazos tan extensos que abarca y de lo complicado de su tramitación y ejecución.

4) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y efectiva de realización material. Aspectos fundamentales básicos que requiere todo Estado de Derecho, se puede afirmar que el objetivo fundamental de éste, se centra en la pretensión de lograr una suficiente garantía y seguridad jurídica para los llamados derechos fundamentales de la persona humana, ya que es a través de la protección jurídica mediante la cual los seres humanos garantizan su convivencia pacífica dentro de la sociedad, es una premisa ética que exige la existencia de un Estado de Derecho, donde descansa su legitimidad. El establecimiento jurídico-constitucional de los derechos humanos fundamentales, es el eje central que da estructura a todo Estado de Derecho. Al implantarse los derechos fundamentales del hombre mediante el control constitucional, es como se pretende combatir al Estado absoluto o al Estado

totalitario, con la protección, garantía y realización de los derechos humanos y de las libertades fundamentales a aquéllos conexionadas.

En un Estado liberal, donde se evidencia un individualismo burgués, no constituye una garantía para la realización y protección de los derechos más fundamentales del ser humano, ya que no existe un rango de igualdad dentro de la sociedad, pues sólo los derechos protegen a una clase elitista. En los sistemas económico capitalista, su base principal del orden social es la protección más eficaz de la libertad y de la seguridad jurídica, que originan la igualdad y la propiedad, pero propiedad de todos, dando en consecuencia lugar a una verdadera democracia.

En un sistema donde verdaderamente se aplican los derechos fundamentales del hombre, sin alterar sus supuestos básicos económicos, da lugar a un Estado Social de Derecho; en el cual el interés individual es rebasado por el interés social, lo que es sin duda, el derecho social es lo más preferente dentro de una sociedad o Estado del bienestar.

El Profesor Elías Díaz, sustenta que “. . . el proceso dinámico de democratización material y de garantía jurídico formal de los derechos humanos, la más plena realización de éstos, es lo que, a su vez, justifica, en mi opinión, el paso del sistema neocapitalista del Estado social de Derecho al sistema, flexiblemente socialista, del Estado democrático de Derecho”¹¹.

No basta con la mera implantación de los derechos fundamentales del hombre en la constitución, sino la efectiva realización material de su protección, mediante la seguridad jurídica por medio de las instituciones creadas para

¹¹ Elías Díaz, *ob. cit.* pág. 39.

ello. Donde se puede hablar de un Estado democrático de Derecho, no por su estructura política, sino porque se evidencian la igualdad y la libertad en su máxima expresión. Situación de la cual adolecen los sistemas liberalistas, donde gozan de más derechos solo algunas minorías burguesas, donde también la democracia lucha contra el absolutismo.

El Estado de Derecho está conexionado a concepciones político-sociales de carácter personalista.

1.2.2. Estado Nacional.

El concepto de nación, surgió en Europa divulgándose después por todo el mundo. “El término procede del latín ‘natio’ y éste de ‘nasci’. Aludió en sus orígenes a un grupo de población originado en el mismo lugar, sin referirse a su extensión o al número de sus habitantes”¹².

Durante la Edad Media, se consideró a la nación como referencia de un grupo de estudiantes de la misma región o país. Posteriormente se incorporó como un concepto jurídico-político.

El Estado Nacional surge en el siglo XV, cuando en Europa los países se fueron integrando en organizaciones políticas definidas. A partir de la revolución francesa, nación surge como un concepto de naturaleza, esto es a un grupo determinado, hoy en día al concepto de nación se le define como unidad o conjunto de habitantes de un mismo país o gobierno.

¹² Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, 15ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, pág. 805.

“El concepto de Nación comprende una unidad social, base para la Constitución del Estado; en cambio el Estado es una organización política”¹³. Esto es, ambos conceptos pueden estar juntos, solamente que a la Nación se le ha otorgado varias concepciones tales como el de *nacionalidad*, *nacionalismo*, *nacionalista*, *nacionalización*, *nacionalizar* y *nacional*.

Nacional se refiere a lo que pertenece o es relativo a una Nación. Por tanto Estado Nacional es aquel que en concepto del Profesor Andrés Serra Rojas define como el que “. . . denomina la solidaridad nacional, mantenida por sus vínculos tradicionales que dieron nacimiento del Estado-Nación a partir del siglo XV. El concepto de nacional sirve para diferenciar lo nacional y lo provincial o regional, federal o estatal. Se alude también a lo natural de una nación en contraposición a extranjero”¹⁴.

1.2.2. Estado Fascista.

La ideología de un Estado Fascista nos la proporciona el del Estado totalitario. El fascismo se dirige a una crítica con dos vertientes, los cuales se consideran como los centrales del liberalismo: el individualismo de la sociedad y el abstencionismo del Estado. Dentro de ésta concepción, el liberalismo es sustituido por un transpersonalismo y organicismo social; paralelamente, el abstencionismo estatal, se encuentra substituido por un Estado de estructura totalitaria. Por tanto el fascismo no constituye una auténtica superación del liberalismo, sino por el contrario es uno de sus peores defectos e inconvenientes de éste, como consecuencia de su organización totalitaria de poder.

¹³ Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, pág. 806

¹⁴ *Id.*, pág. 808.

Aunque el fascismo conlleva las protestas demagógicas y revolucionarias, continúa sin embargo, siendo capitalismo. Un capitalismo, no otro, más que el burgués, ya que lo que hace esta figura es eliminar el obstáculo que para éste había llegado a representar el liberalismo a causa de la evolución y la apertura de los sistemas liberales hacia la democracia y el socialismo, como consecuencia de las exigencias de la nueva clase, el proletariado.

En contraposición del fascismo, se encuentra el socialismo, más no el liberalismo, ya que éste ataca a hacia el desarrollo de la democracia y el socialismo, en contraposición con el fascismo. Esto es así, en razón de que el fascismo descansa sobre la burguesía, que era liberal y que, para la conquista y protección de sus intereses, cambia sus bases de individualismo y abstencionismo, por otras no liberales, sino totalitarias, cuando las primeras ya resultan insuficientes para la defensa a toda costa del sistema capitalista. Mientras no hubo problemas el capitalismo fue liberal, pero al surgir el socialismo el *laissez faire*, pone en peligro a la burguesía, ya que la presión y las tensiones de la clase menor, hacen que la clase burguesa organice totalitariamente la defensa del capitalismo. Entonces, el fascismo es: el capitalismo organizado totalitariamente; capitalismo económico más totalitarismo político.

No obstante que el fascismo, surgió del sistema italiano de Mussolini, el cual comprende los movimientos totalitarios de extrema derecha, se incluye el sistema nacional-socialista alemán. Muchos de los rasgos fundamentales del fascismo, se refieren al nazismo hitleriano, que es una conjugación de ambos regímenes, el italiano y el alemán.

El Profesor Elías Díaz¹⁵, cita como rasgos fundamentales del fascismo, las siguientes:

a) Ruptura del estado liberal y defensa del Estado totalitario. Las cuales son opuestas al estado de Derecho, en lugar del imperio de la ley, se encuentra la imposición carismática de un dictador; la ley deja de ser, incluso en teoría, producto racional emanado de un órgano democrático y representativo para convertirse en decisión irracional dictada, sin posible apelación, por un jefe absoluto, al servicio siempre de intereses económicos muy concretos.

Aquí la concentración del poder, sustituye a la anterior liberal distribución de poderes, careciendo de la garantía jurídica frente a las actuaciones del ejecutivo y de las autoridades administrativas. Donde los derechos humanos quedan limitados a niveles inadmisibles, sino salvajemente negados o ultrajados; la libertad, se encuentra práctica y teóricamente anulada.

Paralelo a ello, la independencia del poder judicial con respecto al poder político desaparece totalmente. Los actos perfectamente legales del estado de Derecho, se convierten en actos políticos (delitos políticos). Y por la lucha de la defensa del capitalismo, se suprimen por la fuerza todas las instituciones y mecanismos que en el estado de Derecho posibilitan una convivencia humana capaz de legitimar, la discrepancia y el pluralismo: elecciones libres, partidos políticos, sindicatos libres, libertad de expresión, etc.

a) El totalitarismo implica, el uso y la exaltación de la violencia y el terror como sistema de control, así como la eliminación de las minorías de control disidentes de

¹⁵ Elías Díaz, ob. cit. págs. 48-57.

todo tipo, como ejemplo cita la Segunda Guerra Mundial, traducido en la agresión de los alemanes en contra del pueblo judío.

b) La ideología fascista, al intentar superar el individualismo liberal, configura una teoría de la sociedad de carácter organicista y transpersonalista, donde el hombre individual desaparece absorbido en un todo, el estado o la Nación. En consecuencia, el *nacionalismo* es una característica central del *fascismo*, mismo que es resaltado por la exaltación retórica de la raza o de la comunidad nacional, dándole un carácter de agresividad imperialista.

c) La filosofía y la cultura del fascismo constituyen una explícita defensa de las filosofías irracionalistas. Caracterizándose por el desprecio a la razón, donde surge el constante ataque al estéril intelectualismo, la exaltación de los elementos emocionales, instintivos, en conexión con el romanticismo y el vitalismo, su filosofía de la acción, etc., pero no todo irracionalismo es fascismo, pero se acerca al irracionalismo de poder, al irracionismo político que lleva lógicamente a la implantación de la arbitrariedad y el terror.

d) El totalitarismo fascista tiene una conexión íntima y profunda con el capitalismo, oponiéndose totalmente al socialismo y al comunismo. El fascismo es una manifestación tardía del capitalismo, cuando la burguesía ve perdidos sus privilegios, cuando el liberalismo no es suficiente para defenderlos, el capitalismo liberal se hace fascista, utiliza la violencia y el estado totalitario institucionalizador de la violencia. Al surgir un choque entre la pequeña y mediana burguesía con el proletariado, surge el fascismo, pero no como medida para la conservación de la pequeña burguesía, sino en beneficio del gran capital.

e) En oposición al socialismo, aparece el carácter antidemocrático de la ideología fascista. La cual conlleva una concepción aristocrática, elitista, de la sociedad y de la historia. La sociedad se divide en “masa” y “elite”, la primera parece aclamar y se deja gobernar, la segunda tiene como función tener personalidad y mandar carismáticamente, todo ello en contraposición a la democracia.

Del surgimiento del fascismo con Hitler en Alemania y con Mussolini en Italia, la historia nos ha demostrado que no dejó muy buena experiencia, de hecho es un sistema que no funciona, en tanto simplemente sea el puente para mantener y dar lugar al capitalismo, sólo en protección y en beneficio de la clase burguesa, en perjuicio de la clase más humilde o desprotegida, que en realidad compone las mayorías en la generalidad de los países.

Por otro lado, al conllevar para poder mantener los intereses de la clase burguesa, la violencia, se pierden los principios consagrados tanto en los derechos humanos como en los más fundamentales de todo hombre, el de la igualdad y la seguridad jurídica, llevándose implícitamente la libertad, ya que como pudimos apreciar de las consecuencias de la segunda guerra mundial, muchos seres humanos inocentes, pagaron con su propia vida el egoísmo, de aquellos que detentaban el poder, y el fin del sistema fascista culminó con la derrota de quienes lo implantaron, entonces, cabe la pregunta ¿si el fascismo es un sistema social?, por supuesto que no, pues es su primer enemigo, aunado a que es el disfraz de una supuesta democracia que se convierte en demagogia.

1.2.4. Estado legalista.

Para poder entender lo que es el Estado legalista, se tienen que definir dos conceptos: 1) lo que es *legalidad*, y 2) lo que es *legitimidad*.

Legalidad significa “. . . existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos”¹⁶. Este concepto se encuentra vinculado con el Derecho, ya que éste es una forma de vida social, que expresa un punto de vista sobre la justicia que se cristaliza en la legalidad, por tanto la legalidad es una forma manifestativa del Derecho, por ello existe y consta en normas jurídicas. Aunado al Derecho se encuentra el concepto de norma jurídica, que es la que forma la estructura propia del Derecho. También, atrás del concepto de legalidad se encuentra una larga historia, vinculada a exigencias y postulados que se expresan en el Estado de Derecho que en concordancia con Legaz y Lacambria estima que “. . . nacido históricamente como Estado burgués y liberal de Derecho; y por eso mismo ha dicho Carl Schmitt que el Estado de Derecho del siglo XIX ha sido en realidad un Estado legalista”¹⁷.

Cabe cuestionarse si la legalidad no es un problema ante la realidad jurídico-política de un Estado, ya que su exigencia tiene que configurarse en concreto respecto de una situación determinada, misma que va cambiando con la evolución propia y sustantiva del Estado.

Paralelamente al concepto de legalidad se encuentra el de *legitimidad*, cuyo concepto alude a los principios de justificación del Derecho y éste como punto de vista de la *justicia*, pero al igual que la legalidad conlleva un peso

¹⁶ Luis Legaz y Lacambria, *ob. cit.* pág. 88.

¹⁷ *Id.*, pág. 89.

histórico, que la traduce sólo en una idea moderna, pues la *legitimidad* de cualquier institución sólo es una conformidad de la ley en toda la extensión de la palabra, muy alejada del concepto de *justicia*, por tanto se puede traducir a la legitimidad como creencia de la legalidad, o sea, la obediencia a preceptos jurídicos positivos estatuidos según el procedimiento usual y formalmente correctos.

En un Estado liberal de Derecho la legitimidad, según de conformidad con Legaz y Lacambria “... su ordenamiento no ha constituido tanto en su conformidad con una ley superior a la justicia, sino en el hecho de que ha impuesto la primacía de la ley positiva en todos los ámbitos vitales y ha exigido el estricto ajuste a la misma de todas las acciones estatales, incluidas las de los órganos rectores de la administración y el gobierno”¹⁸. Sólo cuando se aplique justicia el Estado liberal de Derecho dejará de ser de legitimidad o de legalidad, además de que la ley suprema no necesita justificarse en ningún orden superior, sino tiene que ser consecuencia de un proceso de racionalización, junto con una comprensión de la realidad política de cada Estado, dejando a un lado las normas morales o religiosas.

Cuando de la ley suprema se derivan las leyes secundarias, que justifican las formas tradicionales de la transmisión de títulos de legitimidad, esto es de la trasmisión del poder, éstas no justifican al Derecho en base a un principio de justicia, sino la legitimidad como concepto moderno de legalidad, entonces las leyes traducidas como legalidad positiva tienen que obedecer a alguna justificación, que en este caso se basa en un plano sociológico. En esa tesitura, el concepto fundamental de la legalidad descansa sobre la *autojustificación*, de quienes ejercen el poder a través del otorgamiento de privilegios derivados de las leyes secundarias, por tanto mientras su

¹⁸ Luis Legaz y Lacambra, *ob. cit.* pág. 91.

justificación se encuadre en ello, se puede considerar como *legítima* su posición privilegiada, y con ello la dominación del pueblo sobre tales ideas.

Cuando los actos de autoridad se encuadran a los lineamientos que las leyes secundarias, derivadas de la ley suprema, se dice que se encuentran apelados en el principio de *legitimidad*, luego entonces si conjuntamente se hayan inmersas las ideas de legalidad y legitimidad, se dice en concepción de algunos doctrinarios, que son el producto de un Derecho nuevo, es decir del *liberalismo*.

Podemos decir entonces, que la legalidad disfrazada de legitimidad, tiene una justificación, no importa el matiz de ésta, ya sea para salvar a la sociedad o a la dictadura, en tanto exista una norma jurídica sobre la cual descansa. Por eso cuando el autor Legaz y Lacambria expresa que: “El Derecho objeto de la ciencia jurídica moderna ha sido el Derecho positivo bajo especie normativa. La concepción normativa de la ciencia jurídica ha nacido de la desvalorización de la ciencia tradicional y la disolución de la dogmática jurídica en técnica del Derecho; pues la dogmática había absorbido los valores del yusnaturalismo mundanizados por la ciencia, pero en virtud de la dignidad filosófica a ésta conferida, el estudio de las leyes se resolvió en el estudio del Derecho”¹⁹, al Derecho se le da un matiz únicamente objetivo, mismo que tal vez puede dar resultados satisfactorios en tanto sea para salvar a la sociedad, pero cuando se desvía de esa finalidad, el Derecho en sí mismo se deshumaniza. No obstante que el derecho natural ha dado una justificación y legitimidad al positivismo jurídico, en general la ley positiva se encuentra dotada de una intrínseca racionalidad, de hay se derivan las frases de “libertad dentro de la ley”, como el principio general de derecho que expresa “lo que no está prohibido está permitido”, que supuestamente presupone una armonía preestablecida entre la

¹⁹ Luis Legaz y Lacambria, *ob. cit.* pág. 94.

racionalidad y la justicia, de un lado y del otro, la ley. De esa forma, la ciencia jurídica positivista, enmascara al Derecho natural, disuelve la legitimidad en la legalidad porque se cree en la legitimidad inmanente de la legalidad.

El legalismo es entonces la codificación de las leyes. En el Código se expresan hasta su máximo las condiciones formales de racionalidad y logicidad que se presuponen en la ley. Pero al caer en la excesivo, el legalismo cae en lo puramente exegético²⁰, es en ese contexto en que cabe cuestionarse en base a qué espíritu se debe de interpretar la ley. Se ha pensado que el Código es la culminación del intelectualismo jurídico, como expresión del positivismo jurídico, entonces la legalidad se traduce en un puro formalismo, y el fenómeno de la legislación motorizada, según en un estudio realizado por Carl Schmitt (citado por Legaz y Lacambria)²¹, las cosas se complican aún más, porque materias fundamentales que tradicionalmente eran objeto de la legislación formal, como se observa en un Estado de Derecho, son objeto de *medidas* de organismos burocráticos dotados de poder irresistible y, que en la práctica política y constitucional, la distinción entre la ley y medida aparece prácticamente nula, y es posible suplantar el principio de legalidad por otros principios de legitimidad por razón de materia, de supremacía o de necesidad, como se observa en las dictaduras del Jefe de Estado prevista en la Constitución, legitimación plebisciana, por exponer algunos ejemplos.

Bajo estos estigmas los juristas, nos encontramos bajo la sombra del orden existente y los hechos que dentro de él acontecen, o sea, el ámbito de lo ya estatuido, y sobre todo al sistema de una legalidad sea estatal o federal determinada. La legalidad se refiere así, a la constitución o voluntad del Estado

²⁰ Exegético significa relativo a la exégesis, y ésta es la interpretación o explicación de un texto legal (especialmente el de la ley) realizado con espíritu de adhesión al mismo, y con el propósito de hallar la voluntad del autor.

²¹ Luis Legaz y Lacambria, *ob. cit.* pag. 96.

construido como persona, donde se le considera como método de trabajo y funcionamiento de las diversas autoridades, dentro de un Estado moderno industrializado, súper organizado y altamente especializado.

En un Estado de Derecho de legalidad, el Derecho mismo se configura como un sistema de ordenamientos jurídicos, que descansan en una norma fundamental de la cual se derivan todas las demás; este ordenamiento jurídico en concordancia con Kelsen, es un sistema de *delegaciones de procedimientos*, que explica la construcción escalonada del Derecho. En este sistema de ordenamiento de normas jurídicas, se regulan los procedimientos que aseguran la regularidad de la creación de las normas y éstas a su vez en una regularidad formal. Luego entonces, las normas secundarias deben tener su misma justificación en la ley suprema, sin embargo, hay normas creadas irregularmente, leyes inconstitucionales, reglamentos o decretos ilegales, que en sí mismo, carecen de validez, de conformidad con la postura de Kelsen, son la *nada jurídica*, son inexistentes desde el punto de vista jurídico. A pesar, de que estas leyes son de por sí inconstitucionales, su existencia se debe a que la Constitución admite que conserve su validez, por lo menos mientras no sea anulada por un Tribunal constitucional.

Si falta el organismo judicial, todo lo que el órgano legislativo considera ley, tendrá que ser aceptado, entonces ninguna ley sería inconstitucional. Ahora bien, los preceptos de la Constitución relativos al procedimiento legislativo y al contenido de las leyes futuras, no significan que las leyes puedan ser creadas únicamente en la forma y con el alcance señalados por la misma, ya que faculta al legislador a crear leyes en otra forma, y también con otro contenido. Los Tribunales pueden estar autorizados, en ciertas circunstancias, a no aplicar el Derecho legislado o consuetudinario existente, y pueden actuar como legisladores y crear nuevo

Derecho, del mismo modo el legislador ordinario puede encontrarse facultado en ciertas circunstancias a proceder como legislador constitucional.

1.2.5. Estado liberal.

El Estado liberal surgió en el siglo XIX, mismo que apoya a la burguesía, beneficiaria de la Revolución Francesa. “En el sistema se exalta la libertad en todas sus formas, se une a la organización democrática, al sistema de la libre empresa y a la libre concurrencia. Sus antecedentes se remontan al siglo anterior en las luchas de la burguesía en contra de los restos del feudalismo, las clases aristocráticas y la Iglesia”²².

Las ideas liberales se apoyan en las tesis jusnaturalistas y en los derechos innatos del hombre, y sostienen que el Estado no debe intervenir en la actividad privada, basándose en el principio de “dejar hacer, dejar pasar”, adquiriendo solamente las funciones necesarias para la vida en sociedad y señalar el campo de acción de los particulares.

Independientemente de su surgimiento en Francia, encontramos dos tendencias del liberalismo: el confortable y el revolucionario, el primero se inspira en la doctrina de Manchester, y se encuentra instalado en el poder, el segundo, reposa en las fuerzas conservadoras. Al liberalismo o sistema liberal se le ha denominado también Escuela Clásica o Escuela de la Economía Política Clásica. La expresión *liberal* procede de España, y fue el nombre de un partido político, el de los liberales, que en principio peleaban por un gobierno constitucional. Posteriormente el

²² Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, pág. 785.

término se incorporó al léxico político-económico universal, para aludir a todo lo relacionado con la libertad.

A este sistema, se le llamó Siglo de las Luces, que tienen sus bases en el naturalismo filosófico y el racionalismo que reconoce que la razón es la única fuente de la verdad y de la moral. El Estado, bajo el principio de dejad pasar, dejar hacer, deposita confianza en la libre acción del hombre y de la empresa privada, pero movido por los propios intereses materiales. Por tanto, al liberalismo, se le llamó como la doctrina de la libertad, teoría o doctrina, que tiene una actitud ante la vida, que apoya la solución de los problemas sociales en la acción del individuo y de sus propios valores, sobre todo en los de la libertad económica. Se opone a la intervención del Estado en los mecanismos económicos de la sociedad, basados en que las crisis pueden resolverse por sí mismas, siendo suficiente que se manifiesten las leyes naturales de la sociedad rechazando toda tentativa de intervencionismo o de dirigismo, porque la consideran perturbadora de la vida social y puede eliminar su amplio principio de la libre empresa, que es el motor de la actividad económica.

“El Derecho y el Estado son productos de la voluntad humana libre. Este último tiene una función específica: la de salvaguardar el orden público y no perturbar su normal desarrollo”²³.

Como gran precursor del liberalismo se encuentra Alexis Clerel de Tocqueville (1805-1859), así como diversas corrientes de éste sistema como:

²³ Andrés Serra Rojas, *Teoría DEL Estado*, pág. 787.

a) El liberalismo filosófico, donde descansan como principios básicos el naturalismo y el racionalismo. Exalta la razón humana hasta constituir la en árbitro supremo de la verdad y la moral.

b) El liberalismo económico, que se apoya en la libertad de comercio, de empresa o libre empresa, en el no intervencionismo del Estado, en un concepto limitado de la justicia distributiva, en el equilibrio de la oferta y la demanda.

c) El liberalismo político, donde surge el reconocimiento de las libertades del hombre como su derecho más fundamental, mismo que se convirtió sólo en la libertad de la clase burguesa, siendo que posteriormente se admitió poco a poco la intervención del Estado, como un simple guardián y protector de los derechos del pueblo, surgiendo el Estado liberal de Derecho que se transformó en el Estado social de Derecho, Estado de Derecho.

También como precursores de ésta corriente encontramos a Augusto Comte (1798-1857) filósofo del positivismo; John Stuart Mill (1806-1873), quien inició una revisión idealista del liberalismo; Herbert Spencer (1820-1903), quien manifestó que el liberalismo como sistema estaba concluyendo su ciclo histórico, considerando que éste es contrario a la economía basada en planes o programas y a todas las formas de dirigismo.

Al lado del liberalismo tenemos al neoliberalismo, que es una nueva forma del liberalismo económico clásico. En éste, se vislumbra la intervención del Estado en los negocios privados de las empresas, interesándose en los beneficios de los ex asalariados.

“El neoliberalismo se manifiesta como una respuesta a las objeciones tradicionales del marxismo con respecto al liberalismo económico”²⁴.

Como gran precursor de esta corriente se encuentra John Maynard Keynes y el final de Laissez Faire (1833-1946), quien sostiene que el Estado debe intervenir para consolidar el régimen capitalista y se ubica en la teoría de la economía dirigida.

En contra del sistema liberal, se encuentra la Iglesia, pues sostiene que la falta de un régimen controlador del Estado, es dañino para la sociedad, en razón de que se vuelve “amoral”.

No obstante, el liberalismo evoluciona o se renueva, sufriendo rectificaciones y adaptaciones necesarias, para la manutención del Estado capitalista. Como precursores de las nuevas corrientes renovadoras tenemos a Jeremy Bentham (1748-1832), quien funda su sistema sobre el principio del *interés bien comprendido* y rechaza el interés general, en su sentido político, sosteniendo que los intereses individuales son los únicos reales, y se inclina por el espíritu democrático y republicano.

De esta tendencia, se desprenden el conservadurismo liberal, el imperialismo, el proteccionismo, el maltusianismo y el darwinismo, las cuales tienen un objetivo común, la libertad de la empresa privada y el poco intervencionismo del Estado en la vida económica de las mismas.

²⁴ Andrés Serra Rojas, *Teoría del Estado*, pág. 793.

1.2.6. Estado democrático.

La democracia como forma de gobierno, discorde con la autocracia, refleja el principio de la separación de la división de poderes, toda vez que si la Constitución de un régimen democrático establece la separación de la función legislativa de las funciones de aplicación del derecho, o el control del órgano legislativo por los órganos encargados de aplicar la ley, o si establece funciones legislativas y administrativas por los tribunales, eso sólo puede explicarse por razones históricas, pero no justificarse por razones específicamente democráticas.

Esto es, que la democracia al igual que el régimen liberal se apoya en la *libertad*, apegada a la república, en razón de que el poder pertenece a varios individuos y la Constitución que los rige se llama republicana. Si el poder del Estado consiste en la validez y eficacia del ordenamiento jurídico, la Constitución republicana es la que regula la creación del orden jurídico.

Por otro lado, al contrario de la autocracia, la democracia se apega más al concepto de libertad política, ya que democracia significa “que la “voluntad” representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos”²⁵. La autocracia, los súbditos se encuentran excluidos de la creación del ordenamiento jurídico, no existiendo alguna garantía sobre la armonía entre dicho ordenamiento y la voluntad de los particulares.

La democracia va ligada a la idea de la libertad y el principio de autodeterminación; en cuanto a la libertad, ésta tiende a ser negativa, pues significa ausencia de toda sujeción, de toda autoridad capaz de imponer obligaciones. “El

²⁵ Hans Kelsen, *ob. cit.* pag. 337.

Estado es un orden social en que los individuos se encuentran obligados a observar determinado comportamiento²⁶, en consecuencia toda libertad que se ejerza dentro de un orden social, debe contener ciertas limitaciones impuestas por el Estado. Relativo al principio de autodeterminación, donde la libertad tiene un vínculo ligado a la libertad política, esto es, bajo un orden social, es autodeterminación del individuo bajo la creación del orden social, por tanto dicha libertad, en el fondo es autonomía, limitada.

Sobre la autonomía y la determinación, prevalece el interés de la mayoría, es decir, de la sociedad, toda autodeterminación requiere que el orden social sea creado por la decisión unánime de sus súbditos, predomina la voluntad general sobre la particular. El orden social adquiere validez, cuando existe el consentimiento de todos los súbditos, entonces no habrá conflicto con los intereses de un solo individuo. Ciertamente, un orden social genuino es el grado más alto de autodeterminación, éste principio es la base de la organización social, mismo que tiene que ser restringido de alguna forma, surgiendo así el principio mayoritario, que consiste en que el orden social debe concordar entre la voluntad individual y la voluntad mayoritaria expresada en el orden social, que asegura el más alto grado de libertad política asequible dentro de la sociedad.

“La transformación del principio de autodeterminación en la regla de la mayoría, es otro paso importante en la serie de metamorfosis de la idea de libertad²⁷, de aquí se desprende la idea de democracia liberal.

El Profesor Andrés Serra Rojas expresa que se entiende por democracia liberal “... como la democracia de una sociedad capitalista de mercado (por muy

²⁶ Hans Kelsen. *ob. cit.* pag. 338.

²⁷ *Id.*, pág. 340.

modificada que parezca estar esa sociedad por el auge del *estado de bienestar*); pero que no forzosamente, si se entiende que democracia liberal significa, como interpretaba John Stuart Mill y los demócratas liberales éticos seguidores suyos a fines del siglo XIX y principio del XX, *una sociedad en la cual todos sus miembros tengan igual libertad para realizar sus capacidades*²⁸, concepto que engloba dos connotaciones liberal, como la libertad para aplastar a los más débiles, o como una libertad igual para que todos utilicen y desarrollen sus capacidades.

Se vislumbra entonces, la idea de igualdad, que “. . . implica la tesis de que todos los individuos tienen un valor político igual y cada uno posee el mismo derecho a la libertad, es decir, la misma pretensión de que la voluntad colectiva concuerde con su voluntad individual²⁹, donde todos son libres, y políticamente iguales, y en base al principio de la mayoría, la idea de democracia, contiene los principios de libertad e igualdad.

En una democracia, siempre va a preponderar la voluntad de la mayoría sobre los de una minoría, luego entonces todas las opiniones y argumentos son válidos, externándose a través de la opinión pública, misma que se puede desarrollar si se encuentran garantizadas las libertades intelectuales, la libertad de palabra, de prensa, de religión, entonces la democracia coincide con el liberalismo político aunque no con el liberalismo económico.

Ahora bien, dentro de las características de la llamada democracia indirecta o representativa, la función legislativa se encuentra ejercida por un parlamento de elección popular, y las funciones administrativa y judicial por funcionarios que son también nombrados por elección.

²⁸ Andrés Serra Rojas. *Teoría del Estado*, pág. 468.

²⁹ Hans Kelsen, *ob. cit.* pág. 340.

1.3. PROYECCIONES DE LA IDEA DE ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

1.3.1. El Estado de Derecho y el Derecho Penal.

El Derecho Penal tiene una función preponderante en todo Estado y sobre todo si es de Derecho, su misión fundamental es establecer delitos y penas, y aplicar éstas a los autores de aquéllos. Entendiéndose al delito como el injusto que merece ser castigado y a la pena, como la medida para prevenir y reprimir al delito. Por ello se habla de derecho penal subjetivo y de derecho penal objetivo, el primero es calificado como el *ius puniendi* o como “la facultad estatal de poder exigir en la forma y en los medios establecidos por la ley, la actuación del derecho penal objetivo, o lo que es igual, la obediencia de las normas jurídico-penales”³⁰. En frente de este *ius puniendi* se encuentra el derecho penal objetivo, entendido como “conjunto de normas de derecho público que con el objeto de proteger ciertos bienes jurídicos, describen delitos y conminan penas o medidas de seguridad”³¹.

Es así, que para entender al derecho penal, debe analizarse el origen de las leyes, éstas como el conjunto de normas jurídicas que integran al derecho positivo y que constituyen todo el ordenamiento jurídico objetivo.

Es importante destacar, que si bien es cierto que la función punitiva corresponde al Estado, el *ius puniendi* no es un reflejo del derecho penal objetivo en favor del Estado, más bien, el derecho penal positivo es la materialización de la forma en que el Estado debe ejercer la potestad punitiva, y es éste el que nos da a conocer las valoraciones que guiaron al legislador, para averiguar cuales fueron los

³⁰ Gonzalo Quintero Olivares. *Represión Penal y Estado de Derecho*, Editorial Dirosa, Barcelona, 1976, pág. 27.

³¹ *Ibidem*.

crterios que sirvieron de base para determinar la función específica que las leyes penales pretenden cumplir.

Por tanto, la función del derecho penal no se reduce a la previsión de las reacciones jurídicas llamadas penas ante la comisión de un hecho tipificado como delito, sino también es un elemento que coadyuva a la estructuración de la sociedad y que expresa relaciones de poder y sometimiento en el seno de la misma.

De esa forma, el derecho penal subjetivo, inmerso en el derecho penal objetivo, como facultad del Estado, dependerá del tipo de forma y gobierno tenga, en razón de que si nos enfrentamos ante un Estado con división de poderes, en la fórmula tripartita, su espíritu descansará en el legislativo, pero si nos enfrentamos ante un Estado monárquico sin división de poderes, su espíritu descansará en el monarca. Entonces, la trascendencia de las normas penales, estriba en los intereses que protegen.

El Estado al dictar las leyes penales, ejerce un derecho o simplemente un poder, ello dependerá de la forma en que se manifieste, si existe separación del poder legislativo, respecto al ejecutivo y al judicial, cabe cuestionarse si el Estado a través del legislativo ejerce genuinamente el derecho o simplemente una relación de poder políticamente caracterizada.

En los Estados totalitarios, el derecho penal subjetivo se encuentra fuera de discusión, ya que en este tipo de Estado el individuo se encuentra subordinado coactivamente al poder del Estado, en consecuencia las leyes penales resultan arbitrarias.

Respecto a los Estados democráticos, el *ius puniendi*, dependerá en gran medida en que el poder público sea verdaderamente representativo de la sociedad, en base a su propio interés, esto es, la preeminencia del interés público sobre el interés particular o de clase, y es lo que el Profesor Manuel Conde llama “reproche de culpabilidad, fundamento de la reacción penal. . .”³², o simplemente *derecho a la pena*, misma que debe ir acorde de determinadas exigencias sociales, sin dejar a un lado que para que este derecho sea efectivo se requiere que el conocimiento previo de la norma, a través de educación o de medios de difusión, para que la amenaza penal al momento de ser aplicada tenga efectividad. Sin embargo, el poder o potestad punitiva de la sociedad o del Estado, no es un derecho propiamente dicho, en razón, de que el derecho penal subjetivo se encuentra subordinado al derecho penal objetivo, por tanto esta potestad punitiva no puede ser arbitraria, ni inhumana, ni debe conllevar a matices iusnaturalistas, que no sea más que por el raciocinio. El Derecho Penal debe tener como misión “...proteger la convivencia humana en la comunidad”³³, así el poder punitivo del Estado no puede ser utilizado de cualquier forma y medida.

1.3.2. Del Estado liberal del Derecho al Estado Social del Derecho.

Se ha considerado que es Estado de Derecho, el sometimiento de las medidas del gobierno al marco legal estatuido, al orden jurídico preestablecido. Bajo la ignominia *de dejar pasar. dejar hacer.* es cuestionable si en realidad existe el Estado de Derecho?, se ha hablado de un sistema liberal para el mejor desarrollo y crecimiento de la sociedad que lo compone, pero ¿qué sucede cuando ya no existe un límite preestablecido o simplemente no existe límite?, entonces

³² Gonzalo Quintero Olivares, *ob. cit.* pág. 36.

³³ Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal. Parte General.* Traducción y adiciones de Derecho Español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, 3ª edición, Bosch, Casa Editorial, S.A., Barcelona, 1978, v. Primero, pág. 3.

el derecho o el orden establecido deja de cumplir con los fines para el cual fue creado y en consecuencia el Estado, también deja de cumplir con sus fines propios.

Bajo el estigma de que “Existe un Estado de Derecho siempre que el poder se haya sometido a la limitación de las normas y la persona humana goza de libertad”³⁴, es preponderante el orden jurídico bajo el cual se encuentra sometida la actuación de la autoridad.

El concepto de Estado de Derecho, impera en las constituciones democráticas, y éste se encuentra sometido a un sistema de normas jurídicas, un ejemplo clásico de ello, es la Constitución española, en la cual el principio de Estado de Derecho se define como “. . . el principio de Estado de Derecho tiene absoluta vigencia, tanto en su aspecto formal como material, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978, cuyo art. 1, 1º dice que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. Desde el punto de vista formal el principio de Estado de Derecho impone en Derecho Penal la previa determinación legal de los delitos y sanciones aplicables y la prohibición de la retroactividad y de la analogía agravadoras o fundamentales de las penas (cfr. arts. 25, 1 de la Constitución, 1, 2, 23, 80 y 81 del vigente Código Penal y 1, 2, 4 y 6 del Proyecto). Desde el punto de vista material, el principio de Estado de Derecho obliga a una configuración social y democrática del Derecho Penal, procurando la protección de los bienes más importantes para la convivencia con los medios más adecuados y convenientes para ello, respetando siempre las ideas de proporcionalidad, igualdad y libertad”³⁵.

³⁴ Genaro David Góngora Pimentel, *El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos*, Editora Laguna, México, 2000, pág. 271.

³⁵ Hans-Heinrich Jescheck, *ob. cit.* págs. 37-38.

Dentro de nuestra Constitución, este concepto no se encuentra bien definido, pero sin dejar pasar por inadvertido que nuestra forma de gobierno es democrática, según se desprende del contenido del artículo 40 que establece “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática. . .”, dispositivo que se complementa con lo que señala el artículo 3º, fracción II, inciso a), que expresa “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”. Asimismo, en su artículo 14 prohíbe la retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, así como la aplicación analógica de la misma en materia penal.

Por tanto, nuestra constitución asegura el mantenimiento de la oportunidad de que todos seamos iguales, así como el cumplimiento de las leyes, sin caer en un aspecto perfectible, no obstante ello, la existencia de un verdadero Estado de derecho, como la única concepción que encauza la convivencia social y asegura la estabilidad social en el ámbito de la libertad, requiere de varios supuestos como lo son:

- a) Una verdadera democracia constitucional, que garantice los derechos individuales y sociales.
- b) La creación de un sistema claro, explícito y adecuado que salvaguarde los derechos individuales, políticos y sociales, en torno no a una clase, sino a grupos representativos. Dentro de un sistema humanitario, donde exista armonía entre la legalidad y los ideales de justicia y libertad.
- c) Que existan bases sólidas en donde se instaure una democracia política, con su gobierno representativo, su régimen electoral y de partidos, con formas y procedimientos para la correcta emisión del sufragio.

- d) Que dentro de la democracia se reconozca un triple imperativo de bienestar popular: el reparto equitativo de la riqueza; el mantenimiento de un sistema de economía mixta; y, el establecimiento de los caminos legales y de hecho para la realización de la justicia social.
- e) Establecimiento en la Constitución de normas que aseguren una democracia educativa.
- f) Que la Constitución reconozca y garantice a los grupos de presión, como las ONGs, sin injerencia ni manipulación del Estado.

Sin éstas características, no hay una democracia posible, aún y cuando se reconozca formalmente en la Constitución que el régimen político del país es democrático. En base a ello, es importante destacar que la concepción más apropiada del Estado de Derecho, es la del Estado Democrático del Derecho, dentro del cual, “todo derecho —como afirmó Cicerón- ha de constituirse por causa del hombre, entonces el principio de la juridicidad, del respeto de la dignidad y libertad humanas han de garantizarse de suerte que allí donde todo esto se cumpla en niveles jurídicos, políticos y económicos encontraremos un verdadero Estado de Derecho”³⁶.

³⁶ Genaro David Góngora Pimentel, *ob. cit.* págs. 277.

CAPÍTULO II.- FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO Y LEY PENAL.

2.1. LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.

2.1.1. Noción sociológica.

2.1.2. Las Escuelas Penales.

2.1.2.1. La filosofía penal hasta Carrara.

2.1.2.2. La Escuela Clásica.

2.1.2.3. La Escuela Positiva.

2.1.2.4. La Escuela de la Defensa Social.

2.1.3. Resultado de la controversia doctrinal entre las escuelas.

2.2. LA LEY PENAL.

2.2.1. Noción de ley penal.

2.2.1.1. Noción de ley penal.

2.2.1.2. Precepto y sanción.

2.2.1.3. Mandato y prohibición.

2.2.1.4. Normas incriminadoras y reguladoras.

2.2.1.5. Normas completas e incompletas.

2.2.1.6. Normas penales en blanco.

2.2.1.7. Clasificación de las normas penales en blanco.

2.2.2. Fuentes del Derecho Penal.

2.2.3. Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal.

2.2.4. Ámbito de validez de la ley penal, requisito sine qua non para su eficacia.

CAPÍTULO II.- FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO Y LEY PENAL.

2.1. LA FUNCIÓN PUNITIVA DEL ESTADO.

2.1.1. Noción sociológica.

Nuestro Estado, regido por una forma de gobierno republicano, democrático y federal, tiene como principal fin el mantenimiento de la paz pública y la convivencia armónica de la sociedad que lo conforma, es así que dentro de la esfera del derecho penal, se encuentra como su fin más mediato la prevención y persecución de los delitos, así como la readaptación del delincuente a la sociedad, y de esa forma cumpla con sus fines de armonía social, mediante la aplicación objetiva de las normas jurídicas, las cuales, dentro de su carácter de positivas, deben de concretizarse en un momento, lugar y espacio, adquiriendo de esta forma la validez que cualquier norma jurídica requiere, adquiriendo el Estado el verdadero concepto de “Estado de Derecho”, que es aquel que caracteriza a un País desarrollado, tanto en lo económico como en lo social, cultural y político.

Lo anterior, nos lleva a la conclusión que para que la norma jurídica penal, tenga verdadera eficacia dentro del núcleo social para la cual va dirigida, debe de tener fuerza coercitiva o punitiva, que obligue a los individuos a cumplirla y así poder mantener la convivencia social, en consecuencia se requiere de un órgano jerárquico que realice tal función, la cual le corresponde única y exclusivamente al Estado, el artículo 73 fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que “El Congreso tiene facultad: XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse;” de la

cual se desprende el poder penal del Estado, entendiéndose por tal a “El poder penal del Estado lo entendemos como la facultad y el deber del propio Estado de emitir normas jurídicas que tipifiquen conductas delictivas y a proceder a la aplicación de tales normas a los casos concretos, sancionando con la pena correspondiente a los infractores de los mencionados preceptos, todo ello con el fin de hacer posible la adecuada convivencia social”³⁷.

Se desprende entonces que un Estado sin poder sería a la vez un Estado sin derecho y no existiría una autoridad capaz de obligar a la comunidad, para cumplir con los fines para los cuales fue creado y así mantener una convivencia social armónica ya que compete a éste el poder objetivo de la organización como sujeto representante de la soberanía, y el soporte de la misma le corresponde al poder subjetivo, que es el pueblo. Desprendiéndose luego entonces, el concepto concerniente a la punibilidad, misma que debe estar contenida dentro de los dispositivos o hipótesis legales, y que más adelante detallaremos.

2.1.2. Las Escuelas Penales.

El Derecho es una consecuencia del hombre, al querer regir la conducta del hombre dentro de la sociedad. Manzini, considera que el derecho penal se encuentra suficientemente justificado por razón de su necesidad, esto es, que el verdadero jurista no necesita recorrer todas las teorías relativas a él, ya que éstas generalmente tienden a proteger intereses de algunos cuantos o de ciertas sectas, dando como resultado una inútil aplicación del derecho penal.

Sin embargo, tanto en el derecho como en la vida cotidiana,

³⁷ César Augusto Osorio y Nieto, *Delitos Federales*, Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, pág. 3.

requieren de matices filosóficos, así las escuelas son útiles para no hacer del Derecho algo monstruoso, irracional o inservible. Las escuelas se distinguen por el principio de la reparación, de la intimidación, de la enmienda y de la defensa social, denominándose utilitarias u objetivas; de la retribución de falta con castigo, denominadas morales o subjetivas; de su base en el contrato tácito de relaciones sociales, denominadas jurídicas, y; de justicia absoluta y la utilidad social combinadas, denominadas mixtas o eclécticas. Florian distingue entre “las escuelas absolutas, que hacen del delito la violación del orden divino, del moral o del jurídico y que asignan a la pena la expiación por el dolor; las relativas, basadas en el contrato social, que hacen de la pena un medio para la seguridad pública y se orientan hacia la prevención general o la especial por efecto de la pena; y por último, las mixtas, que asocian la retribución de la defensa social”³⁸, de esta distinción surgen las diversas escuelas que a continuación se citan.

2.1.2.1. La filosofía penal hasta Carrara.

En general la filosofía ha reconocido la justificación del poder del Estado para castigar, en muchas ocasiones no debidamente fundamentado. Desde los griegos, Platón hallaba la fundamentación de la pena en el principio de la expiación en nombre e interés de la comunidad y como necesaria retribución consecuente al delito, otros filósofos, considerando que la propia defensa y conservación del Estado se justificó para Platón la pena que hace no volver a delinquir y que además rehabilita al culpable purificando su alma; estimando que *la pena es una medicina del alma*. Aristóteles le dio más énfasis al fin utilitario de la pena “la multitud obedece más bien a la necesidad que a la razón, antes a las penas que a lo bello y honesto. El bueno cumplirá los preceptos; al malo, ávido de voluptuosidad, será castigado con el dolor como el asno. El dolor infligido debe ser tal que sea contrario,

³⁸ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *Derecho Penal Mexicano*, 20ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1999, pág. 154.

en su grado máximo, a la voluptuosidad deseada” (“Política”, “Ética Nicomachea”)³⁹.

Así, a la pena se le ha justificado de diversas formas, en base a la distinción de lo bueno y lo malo, los romanos, como maestros del pragmatismo jurídico, tales como Cicerón, Ulpiano, Marciano, Paulo, justificaron el derecho de castigar por la ejemplaridad intimidante de las penas.

La Iglesia también ha hecho su tarea en este aspecto, haciéndolo problema de Dios, considerando que el derecho de castigar es una delegación divina, concibió al delito como un pecado y a la pena como una penitencia, como San Agustín, Santo Tomás de Aquino, la pena constituía el arrepentimiento y la penitencia del pecador quien se somete a la ley divina y logra la enmienda satisfaciendo la ofensa causada por el pecado con la justa retribución.

En la Edad Media, los escolásticos fortalecieron la razón del Estado y acentuaron la justificación de la venganza pública llegando a rigurosos extremos, quedando las penas divididas en divinas, naturales y legales o humanas.

En el Humanismo y el Renacimiento, Grocio sienta la base contractual del Derecho Penal, diciendo que el que delinque se obliga implícitamente a sufrir la pena. “Grocio dio como definición de la pena ésta: *malum passionis, quod infligitur ab malum actionis*, relacionado así delito y pena (“De jure belli ac pacis”, 1626)”⁴⁰. Su doctrina influenció a Hobbes, Rousseau y Fichte; quienes sostuvieron que el hombre al formar parte de una sociedad se obliga a respetar sus leyes y a sufrir las consecuencias de su incumplimiento; cuando viola el pacto social cesa su derecho a ser protegido y por fines de seguridad social del Estado, basta con sancionarlo.

³⁹ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 155.

⁴⁰ *Ibidem.*

Con Beccaria nace el sistema penal científico y propio, independiente de la justicia divina y fundado en la utilidad y el interés general, quien además considera que el objeto de los castigos es el de impedir que el delincuente vuelva a dañar a la sociedad, así como el de prevenir los delitos en lugar de castigarlos, fin de toda buena legislación, expresando “Las leyes son las condiciones con que los obre vagos é independiente se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar de una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo de todas éstas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el Soberano es su administrador y legítimo depositario”⁴¹, justifica a la pena en el fin y utilidad social, y la señala como *motivos sensibles*, puestos por el Estado mismo, para controlar la conducta de la multitud dentro del mundo físico y moral. Apoyan y sostienen su doctrina Romagnosi, Bentham y Feurbach.

Por su lado Kant, concluye “la ley penal es un imperativo categórico que debe existir por exigencia de la razón práctica, inspirada en la justicia absoluta, y que la pena es la retribución necesaria, siendo suficiente que igual a los efectos del delito; y Hegel que el delito es exteriorización de una voluntad irracional o antijurídica, por lo que la pena, negando el delito, reafirma el Derecho y restituye al delincuente su verdadera personalidad; la pena es la negación de la negación del Derecho, y de aquí la retribución, ya que uno y otro males deben seguir iguales en valor”⁴².

Todos ellos, le dan relevancia e importancia a la pena asociándola a la utilidad social, como principio moral. Los Franceses entre ellos

⁴¹ Beccaria, *Tratado de los delitos y de las penas*, 10ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 2000, pág. 7.

⁴² Raúl Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas, *ob. cit.* pág. 156.

Carnignani, sostienen que la utilidad social o necesidad de conservación del orden social, es la fuente y la ley moral es el límite, teniendo una función preventiva más que de castigo, con el fin de prevenir que se realicen otros delitos semejantes.

2.1.2.2. La Escuela Clásica.

El representante de esta escuela los es Francisco Carrara, llamado “el grande” por Saldaña, quien manifiesta que la ley penal es la voluntad de Dios, pero que tiene un fin humano, el de proveer a la tutela jurídica, a la protección del Derecho, su límite que es la moral. Sostiene que el fin principal de la pena lo constituye el reestablecimiento del orden social, y tiene una función ejemplificativa.

La Escuela Clásica, lucha contra la barbarie y crueldad del absolutismo, y contiene los siguientes puntos:

- “1.- El punto cardinal de la justicia penal es delito, hecho objetivo, y no el delincuente, hecho subjetivo (Carrara: *il delitto non e un ente di fattó, ma un ente giurídico; non e un'azione, ma una infrazione*). El método filosófico-jurídico es el deductivo y especulativo.
- 2.- Sólo puede ser castigado aquel que realice una acción prevista por la ley como delito y sancionada con una pena.
- 3.- La pena sólo puede ser impuesta a los individuos moralmente responsables (libre albedrío).
- 4.- La represión penal pertenece al Estado exclusivamente; pero en el ejercicio de su función el Estado debe respetar los derechos del hombre y garantizarlos procesalmente.
- 5.- La pena debe ser estrictamente proporcional al delito (retribución) y señalada en norma fija.

6.- El Juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada en la ley para cada delito.⁴³

De las direcciones que tomó la Escuela Clásica, podemos deducir que de ella se derivan algunos principios de legalidad. Ferri calificó a la escuela clásica como *la maravillosa autonomía jurídica del delito*, pero como se apoyó en la metafísica y en abstracciones irreales, no se preocupó por el delincuente, sino en la construcción de normas represivas. Tal orientación penal clásica, no fue eficaz, en razón de que el índice de criminalidad no se redujo, ya que de cada 4 delincuentes 1 era joven.

2.1.2.3. La Escuela Positiva.

Esta Escuela sustenta la defensa social, y le asignan a la pena fines concretos tales como imposibilitar al delincuente durante más o menos tiempo la comisión de nuevos delitos, mejorarlo socialmente o rehabilitarlo, prevenirlo contra el peligro de volver a delinquir y prevenirlo en la sociedad. Bajo este punto de vista la defensa social no constituye venganza social, porque rechaza la aflicción en la pena, tampoco conlleva la idea abstracta de justicia o compensación moral retributiva de mal por mal, porque todo ello es ajeno al Derecho Penal, que se aboca a las actividades antisociales de los individuos, examinando sus causas más no sus efectos. La defensa social tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque el Derecho Penal se ocupe de tutelar bienes jurídicos, porque la defensa va más allá, ya que atañe a la conservación y el perfeccionamiento de la sociedad en su conjunto.

⁴³ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 157.

2.1.2.4. La Escuela de la Defensa Social.

La Escuela Positiva adoptó el fundamento amplio de la defensa social, sin hacerla su principal base de sustentación. Esta Escuela asignó a la pena fines concretos, como el de imposibilitar al delincuente durante más o menos tiempo la comisión de nuevos delitos, mejorarlo socialmente, prevenirlo contra el peligro de volver a delinquir y prevenir a otros a lo mismo.

También sostuvo, la negación de que el Derecho Penal sea un derecho de clase, en virtud de que los bienes jurídicamente protegidos no son nunca patrimonio de una sola y cierta clase, lo son de todos los hombres; la vida, la integridad corporal, el honor, la reputación, aún los bienes patrimoniales, corresponden a todos los hombres y no sólo a algunos. Y aunque el derecho penal ha sido a través de la historia instrumento de intimidación en manos de quienes detentan la riqueza y el poder político, ello no destruye la tesis defensista, que sustentada por Florian, expresa que el derecho penal tiene como característica la protección a la disciplina y el orden social existente, y que corresponde a otras ramas y ciencias del Estado, la acción de corregir y suprimir todas aquellas posibles desigualdades y diferencias que se den en su organización. En cambio, el Derecho Penal provee a la defensa de la sociedad. “La función de penar, desde el punto de vista científico, casi prescinde de la forma y de la organización concreta de la sociedad; es, por decirlo así, formal. Naturalmente que el Derecho se aproxima tanto más a sus fines ideales cuanto más inspirado esté en los supremos principios de libertad, de justicia y, sobre todo, de igualdad”⁴⁴.

⁴⁴ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 161.

En base a ello, la justificación de la defensa social, se asienta sobre una justificación filosófica, con mira a las condiciones de existencia y de vida con respecto a las cuales se realiza directamente la tutela penal, propias tanto de un grupo o clase social o ambos, ya que directa o indirectamente, son grupos protegidos en cuanto pertenecen a un cuerpo social. El Derecho Penal evoluciona con la sociedad y los bienes jurídicos de los particulares y de los grupos, obtienen la protección jurídico-penal a medida que se manifiestan y se reconocen en un interés general y colectivo más amplio.

La defensa social tiene por fines la prevención del delito, y cuando ya ha ocurrido, la defensa contra sus efectos. Se aleja entonces de la expiación o el castigo. La tutela penal se justifica por la necesidad de defender las condiciones de existencia de una sociedad determinada, frente a las violaciones que la ponen en peligro.

2.1.3. Resultado de la controversia doctrinal entre las escuelas.

Las Escuelas entre sí adoptan posturas diferentes, en particular la Clásica y la Positiva, sin embargo, son períodos sucesivos de elaboración de la filosofía penal; la Clásica, se encuentra ligada a los derechos sustantivos de la personalidad humana, por su lado, la Positiva, enfoca los problemas eternos del delito desde nuevos ángulos de contemplación y como consecuencia del progreso de otras ciencias como las médicas, las sociológicas, las jurídicas, las psicológicas.

Sin embargo, prevalece la Positiva sobre la Clásica, en cuanto la primera perdura en cuanto a que todo es creación legal, la Positiva se conduce por la defensa social, al estudio de las complejas causas de la delincuencia, al

de la personalidad psicofisiológica y social del delincuente, procurándose la prevención de los delitos más que su represión lisa y llana. Lo importante de todo ello, es la elaboración de códigos y leyes de más fácil comprensión y aplicación, y que cubran las expectativas de un mayor arbitrio judicial, por ello se dice, que en un momento determinado, los jueces no serán únicamente juristas, sino antropólogos, psicólogos, psiquiatras, médicos sociales, no obstante el jurista con esos auxilios puede valorar socialmente una conducta humana. “El arbitrio judicial y administrativo, mediante esos auxilios, deberán permitir la individualización de las penas y medidas de seguridad en cada caso concreto; pero el peligro que nacería de la arbitrariedad, a base de una peligrosidad predelictiva, desconociendo por entero el régimen de garantías de la persona humana deberá ser sorteado en forma que no dé lugar a los abusos del Poder, que ha registrado la historia con espanto y vergüenza”⁴⁵.

El delito, como consecuencia de un fenómeno complejo, que emana tanto de la persona humana como del medio físico y social en que se desenvuelve, las reformas represivas en base a ellas son en parte conquista de la defensa social. Sin embargo, no depende de una Escuela, el aumento o complicación de la delincuencia; es la misma evolución social, la falta de principios y valores morales, que van descomponiendo a una sociedad, no importando al régimen político de Estado a que pertenezca, sea capitalista o democrático, el delito aumenta, se complica, se transforma y se reproduce constantemente.

Concebida de ésta manera, la defensa social, no es venganza, rechazando el carácter aflictivo de la pena, que no se justifica en la necesidad.

⁴⁵ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 163.

Tampoco abarca la idea abstracta de justicia o compensación retributiva de mal por mal, porque ello es ajeno al Derecho Penal, que se ocupa de las actividades antisociales de los individuos, examinando sus causas más que sus efectos.

“La defensa social tampoco es defensa jurídica o tutela del orden jurídico, aunque al Derecho Penal corresponda tutelar enérgicamente los bienes jurídicos, porque es mucho más: defensa de la sociedad por medio de la conservación y el perfeccionamiento de la sociedad entera”⁴⁶.

También la defensa social, no es defensa de clase. Marx sostuvo el materialismo histórico, basado en que el Estado es la expresión de los intereses dominantes. Otros autores, como Vaccaro, sostienen que las leyes penales se encuentran dirigidas a proteger los intereses de aquellos a cuyo favor se ha constituido el poder político.

Por su parte Ferri, distingue entre defensa social y defensa de clase, y explica dos clases de delincuencia: “la atávica o común, inspirada en móviles egoístas y que reproduce las formas primitivas de la lucha por la existencia ofendiendo a las condiciones permanentes de vida social; y la evolutiva o político-social, no inspirada en aquellos móviles y que ofende a las condiciones presentes, transitorias, de la existencia; la defensa contra ésta es de clase porque toda sociedad (clase dominante) tiene el derecho de defenderse contra los ataques de la criminalidad evolutiva, pero no tiene el derecho de confundirla con la atávica”⁴⁷.

La historia nos ha demostrado, que la clase económicamente dominante, es aquella que detenta el poder y es por medio de las leyes como tutelan

⁴⁶ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 160.

⁴⁷ *Ibidem.*

sus intereses sobre los intereses de otras clases, excluidas de aquel poder. Se puede concluir entonces, que existen dos clases de derecho, el de los ricos y el de los pobres.

Sin embargo, hay quienes sostienen la posición doctrinaria de que el Derecho Penal no es un derecho de clase, en virtud de que los bienes jurídicos protegidos no son nunca patrimonio de una sola y cierta clase, lo son en general, de todos los hombres, la vida, la integridad corporal, el honor, la reputación, aún en los bienes patrimoniales.

2.1. LA LEY PENAL.

La ley como fuente del derecho positivo, es la que contiene toda la estructura jurídica mediante la cual se van aplicar las sanciones a las conductas ilícitas, con la finalidad de sostener la armonía en la convivencia de la sociedad que compone a un Estado. Por tanto, es falsa la creencia de que la ley penal es sólo el conjunto de normas contenidas en el *Código Penal*, pues existen diversas normas penales insertas en distintos cuerpos legales, como la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, el *Código Fiscal de la Federación*, la *Ley de Vías Generales de Comunicación*, *Legislación Aduanera*, *Ley General de Salud*, la *Ley de Amparo*, entre otras.

Debido a nuestro sistema federal mexicano; el *Código Penal Federal*, es el aplicable para aquellos asuntos de carácter federal. Los delitos federales son los que afectan a la Federación, mismos que se encuentran contemplados dentro de los artículos 2º y 6º del Código Penal Federal y el artículo 50 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación*.

Sin embargo, tenemos leyes penales que por sus propias características, no ayudan al Estado a cumplir con sus funciones, por ello es importante hacer un análisis de la ley penal.

2.2.1. Noción de la ley penal.

“La ley penal es la norma jurídica que se refiere a los delitos y a las penas o medidas de seguridad”⁴⁸.

La ley penal está constituida por las disposiciones o normas jurídicas que hacen posible la existencia de esta rama del derecho.

La ley penal es la fuente del derecho criminal, y es la única que puede crear y agravar tipos y sanciones. La norma incriminatoria, esto es, el tipo, es la ley del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

“Ley es la norma jurídica escrita de carácter general, emanada de una autoridad reconocida como legisladora por la Constitución Nacional. *En sentido material*, es ley toda norma jurídica cuyo contenido es general y abstracto, es decir, se refiere a un amplia a indeterminada numero de casos y rige para un número indeterminado de personas. *En sentido formal*, es ley toda norma emanada del órgano legislativo del Estado, previo el lleno de los requisitos o procedimientos constitucionales y reglamentarios”⁴⁹.

Las leyes que dicta el Congreso para casos particulares

⁴⁸ Griselda Amuchategui Requena, *Derecho Penal*, 2ª edición, Editorial Oxford, México, 2000, pág. 21.

⁴⁹ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, 2ª edición, Editorial Temis, S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1993, t. I., pág. 65.

(honorarios, auxilios), son leyes formales que no lo son materialmente. Es más relevante la categoría de normas jurídicas que son leyes materiales pero no formales, como los decretos que dicta el ejecutivo en uso de la potestad reglamentaria. Constitucionalmente, la fijación de la punibilidad (hechos punibles, penas imponibles) corresponde de modo privativo a la ley en sentido material, pero cuyo ámbito de validez es federal. Ni las asambleas locales, ni los consejos municipales, pese a que pueden dictar normas jurídicas generales (aunque menos generales que la ley), tienen atribuciones para fundar o agravar, atenuar o excluir la responsabilidad criminal.

2.2.2. Precepto y sanción.

Generalmente, la ley penal es tomada como sinónimo de norma penal, pero de ésta última se distinguen el precepto y la sanción. “El *precepto*, a disposición primaria, contiene o presupone el mandato o la prohibición; la *sanción* a precepto secundario, las medidas coercitivas aplicables a quienes infringen los deberes normativos del precepto o presupone el mandato o la prohibición; la *sanción* o precepto secundario, las medidas coercitivas aplicables a quienes infringen los deberes normativos del precepto”⁵⁰.

Al precepto, dentro de la teoría general del derecho, se le conoce como supuesto de hecho y la sanción, como la consecuencia jurídica. Esta concepción resulta insuficiente y da lugar a confusiones: primera, porque a partir de BINDING no es claro la distinción entre ley penal y norma penal; segundo, porque Kelsen distingue entre normas primarias y secundarias, donde el derecho objetivo, en cuanto sistema de coacciones, es necesariamente un conjunto jerárquico de *normas primarias* (establecimiento de sanciones para conductas antisociales), por su lado las

⁵⁰ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. 1, pág. 66.

normas secundarias, que son las que contienen los deberes jurídicos o comportamientos que eluden a una sanción se califican como lícitos.

2.2.3. Mandato y prohibición.

Se considera generalmente a la ley penal, como ley incriminadora. Las leyes incriminadoras son necesariamente normas primarias, cuyo “precepto” contiene el supuesto jurídico o hecho condicionante de la sanción, equivale a la descripción de la conducta punible, y cuya “sanción” señala las consecuencias coactivas aplicables a quienes ejecuten la conducta descrita en el “precepto” (sanciones criminales).

“Norma primaria incriminadora equivale a tipo penal; ella conmina una pena o medida de seguridad a quien realice la conducta mentada. De consiguiente, una inferencia de contraste permite arribar al concepto de norma secundaria, cuyo contenido es el comportamiento contrario al sancionado a prohibido. La norma secundaria contentiva de los deberes jurídicos penales, puede darse como *mandato* (si ordena un hacer) o como *prohibición* (si ordena un no-hacer o un evitar). Al tenor del art. 19 del C. P., las prohibiciones (que constituyen la regla general) se violan *por acción* y las mandatos *por omisión* de la conducta correspondiente. Excepcionalmente, una norma prohibitiva puede infringirse por modo omisivo (*comisión por omisión*), pero ello sucede tan solo cuando se tiene el deber jurídico específico de evitar un resultado indeseado, es decir, de intervenir activamente para que este no sobrevenga”⁵¹.

Para el punto de vista del *objetivismo*, la norma rige la conducta externa, que prevalece en el orden social de convivencia, pero respeta la

⁵¹ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 67.

autonomía ética de la persona; para el punto de vista del *subjetivismo*, la norma impone los valores elementales de conciencia, los cuales constituyen una comunidad de valores.

2.2.4. Normas incriminadoras y reguladoras.

Se pueden subdividir a las normas primarias penales en *incriminadoras* y *reguladoras* o *integradoras*. Las normas incriminadoras describen la conducta punible y determinan las medidas punitivas a ella aplicables; plasman, los tipos penales. Las normas reguladoras o integradoras reglan el alcance y aplicabilidad de las normas incriminadoras. ANTOLISEI, expresa que al lado de las incriminadoras “existen otras que no contienen precepto ni sanción, estando destinadas a limitar el alcance de otras o disciplinar su aplicabilidad. Las normas de ésta clase se denominan generalmente normas *integradoras* o *de segundo grado*. Aunque no son autónomas, poseen carácter imperativo, del mismo modo que todas las normas jurídicas”⁵².

Se desprende entonces, que las normas incriminadoras tienen por *objeto* la conducta humana activa u omisiva, por su parte WELZEL, señala que “la actividad o pasividad corporal del hombre sometida a la capacidad de dirección final de la voluntad”⁵³. Por tanto la ley penal está supeditada, a determinadas estructuras “ontológicas”, de ahí su enlace con la estructura finalista de la acción. *La ley penal no puede prohibir causaciones* meramente naturales, sino comportamientos dirigidos, orientados o encaminados a producirlas. Las normas prohíben una conducta final, pero también, prohíbe causaciones *voluntarias* de resultados *evitables*. por ello se puede decir que la gran mayoría de los tipos son finales y no causales. No obsta ello, que no debe perderse de vista la dirección objetiva del derecho criminal, misma que va

⁵² Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 67.

⁵³ *Ibidem*.

dirigida hacia la protección de los bienes jurídicos, sin caer en el extremo subjetivismo de la peligrosidad (derecho penal del ánimo). Por su parte MAURACH, hace relevancia al desvalor de acción, que se entiende en función al desvalor de resultado.

De todas estas opiniones, se deriva que el legislador no puede prohibir y castigar el resultado y el daño sino solamente la acción humana o la omisión que sean apropiadas, que se encuentren encaminadas o dirigidas a producir el resultado perjudicial a la sociedad. El delito es en el fondo peligrosidad social, más exactamente: es un obrar en perjuicio de la sociedad.

Posterior a DAHM y WELZEL, la dogmática del injusto como "desvalor de acto", ha exagerado el sentido y alcance del principio de que el derecho solo puede prohibir conductas (principio del acto) y no resultados (causaciones naturales o materiales). La verdad es que la conducta humana, en su relación con los bienes jurídicos, puede ser para estos benéfica, inocua, peligrosa o dañosa. En los dos primeros casos es abusivo conminarla con pena criminal y solo en los más graves supuestos de peligrosidad y nocividad puede tal conminación considerarse como legítima en un Estado de derecho y en un derecho penal liberal, para proteger los bienes jurídicos, el derecho penal prohíbe bajo pena o intenta prevenir con esta ciertas conductas *voluntarias* que representan la producción de un peligro o de un daño *evitables* para esos bienes. La ley penal no solo puede prohibir que se ejecuten conductas peligrosas para la vida humana, sino también y sobre todo, o con mayor razón, conductas que ocasionen la muerte a otro. No se puede desconocer la capacidad causal que posee la acción humana y obrar en contra del derecho positivo, que se configura sobre todo con tipos de consumación y no con meras tentativas. La prohibición jurídica solo tiene sentido frente a peligros y daños *evitables y previsibles* que se han generado con una acción *voluntaria* (controlable por la voluntad), sea esta dolosa o culposa.

2.2.5. Normas completas e incompletas.

En toda estructura lógico jurídica, las normas incriminadoras pueden presentarse como completas o incompletas. “Llámanse *completas* las normas incriminadoras que contienen en sí mismas el precepto y la sanción (tomadas estas últimas expresiones en el sentido tradicional, que es el de ROCCO). MAURACH ha indicado, contra la *communis opinio*, que las *normas de reenvío* no son imperfectas, pues contienen precepto y sanción, solo que ubicadas en distintos lugares de la misma fuente orgánica”⁵⁴.

Se entiende por *norma de reenvío* la que en sí misma solo contiene el precepto o la sanción, pero remite, para integrarse, a la sanción o al precepto de otra norma penal; son normas incriminadoras completas, en sí mismas o por reenvío, directa o indirectamente.

Las normas que solo contienen un precepto parcial y lo remiten a la preceptiva y punibilidad de un tipo penal preestablecido en el Código Penal o en otras leyes penales, se les ha llamado por *paratipos penales* (según postura de NOVA PEREIRA). Estos representan una remisión legal de una conducta a un tipo penal que realmente la subsume (*paratipos aparentes*), o con el que poco o nada tiene que ver y al que por tanto no se adecua (*paratipos reales*). Es también posible que la ley que remite una conducta al encuadramiento y la sanción de cierto tipo legal, se valga parcialmente del modo real y del modo aparente de subsunción de la conducta al tipo remitida, dando así origen a los *paratipos híbridos*: en los que se observan varias conductas, alternativa o acumulativamente, de modo tal que solo una o algunas de ellas encuentran adecuación típica en la norma incriminadora a que se remiten,

⁵⁴ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 68.

permaneciendo atípicas las otras. Los paratipos reales (y las conductas atípicas de los híbridos) no son punibles, porque de serlo se violaría el postulado de legalidad y determinación de los delitos y de las penas.

2.2.6. Normas penales en blanco.

“Las *normas penales en blanco* son verdaderas normas incriminadoras incompletas o imperfectas; no en el sentido de que carezcan de precepto (la sanción la tienen siempre), pues esto es imposible frente al imperio del principio de reserva, sino en el preciso y claro sentido de que poseen precepto y sanción, *más el precepto se encuentra relativamente indeterminado*, siendo determinable mediante norma jurídica distinta que será, generalmente, un decreto, resolución o mandamiento de autoridad extrapenal (administrativa, por regla general), cuyo reglamento —complementario del precepto— tiene que darse antes del hecho, pues de otra suerte se sancionaría en parte con base en una ley posterior. Con mucha propiedad, REYES caracteriza los *tipos penales en blanco* como aquellos en que “la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al mismo u otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla”, recordando, además, que la nomenclatura viene de BINDING”⁵⁵.

Este necesario *complemento* es siempre parte integrante del tipo. Pero el tipo ya *completado* cumple exactamente las mismas funciones que en los casos normales, sobre todo en la que concierne a su significación como fundamento de la antijuridicidad y como objeto de referencia de la culpabilidad penal. Un examen detallado de las posiciones de BINDING, MEZGER, FRANK y otros sobre este asunto, puede verse en JIMÉNEZ DE ASUA.

⁵⁵ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* I, págs. 70-71.

Han estudiado a las leyes penales en blanco, ENRIQUE CURY, quien resaltó el peligro que ellas representan para el derecho penal demoliberal, ya que el problema principal suscitado por las leyes penales en blanco se refiere a su constitucionalidad o, dicho de otra manera, de su compatibilidad con el principio *nulla poena*. Y agrega: “Al *nulla poena* no le basta con que una ley haya erigido ciertas conductas en delito, si no da cuenta, al propio tiempo, de cuáles son ellas mediante una descripción abstracta de sus rasgos esenciales. Naturalmente, esto puede hacerlo también remitiéndose a los esquemas contenidos en otros textos legales, incluso de jerarquía inferior, pero siempre que ellas satisfagan los requisitos indispensables para dar certeza a los destinatarios respecto a lo que les está impuesto o vedado”⁵⁶.

2.2.7. Clasificación de las normas penales en blanco.

Entendemos que las *leyes penales en blanco* coinciden en buena parte con la doctrina denominada *tipos abiertos* que son aquellos en que la conducta punible no está descrita directa y completamente; la indeterminación o equivocidad puede ser mayor o menor, comenzando con los *elementos normativos o subjetivos del tipo* y terminando con los tipos indeterminados. El blanco o parte indeterminada del precepto, se llena con la remisión legislativa a otras normas o estatutos, o se libran al poder discrecional del juez, en tal forma que muchas veces implican una delegación de la competencia privativa del legislador para determinar la materia de la punición. A esa remisión se le puede llamar reenvío, pero sin identificar estas normas en blanco con los expresos *tipos de reenvío*, en los que simplemente una ley penal remite, para fijar la sanción, a otras disposiciones de su propio articulado, o al articulado de otras leyes penales preexistentes. En el *tipo en blanco*, en cambio, regularmente hay una

⁵⁶ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 70.

reconducción total o parcial del *precepto* a disposiciones extra penales que no siempre son leyes formales, sino reglamentos administrativos o similares. En concordancia con JUAN FERNÁNDEZ C.⁵⁷, propone la siguiente *clasificación de las normas penales en blanco*:

a) *Normas penales en blanco con reenvío específico*. No contienen en si mismas una determinación exhaustiva del precepto, no describen directamente y de modo inequívoco, el hecho que se amenaza con pena, pero remiten, para completarse, a normas específicas extra penales, de tal suerte que entre ambas integran un precepto claro, completo y determinado, que no arroja dudas sobre la materia prohibida. Este tipo de normas se asemejan a las puras *normas de reenvío*; su única diferencia estriba en que en estas últimas la remisión es interna, se da en el mismo cuerpo de la ley, o se concreta en otra *ley penal*, o se limita a la pena cuando su *precepto* es completo.

b) *Normas penales en blanco con reenvío genérico*. Para que el precepto se integre, debe identificar la conducta punible, la ley penal remite, no a normas legales o reglamentarias específicas, sino a estatutos más o menos complejos sobre ciertas materias. Estas remisiones acarrearán duda para el juez e incertidumbre para los ciudadanos y son manifiestamente inconstitucionales, y contrarias a la ya citada norma rectora del *principio de tipicidad*. En atención a su finalidad y funciones, las normas extrapenales no describen conductas, no de forma directa, sino se limitan a establecer reglas de cuyo cumplimiento depende de la validez o los efectos jurídicos de los actos a situaciones a que se refiere. Como causa de esto, su infracción puede adoptar formas insospechadas, muchas de las cuales, surgirán de interpretaciones que, siendo legítimas, no lo son cuando se trata de establecer el sentido de un precepto punitivo, precisamente porque crea una zona de incertidumbre, sometiendo la libertad de los ciudadanos a un riesgo completamente intolerable.

⁵⁷ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, págs. 71-73.

c) *Tipos indeterminados*, o normas penales en blanco absoluto, son las “que no describen directamente la conducta sometida a la pena, ni para su identificación remiten a una norma alguna, sino que delegan determinación en el juez, suministrándole simplemente un vago criterio valorativo, una pauta estimativa naturalmente multívoca. Ejemplos notorios en la historia han sido los derechos nazi y soviético del primer periodo, al autorizar al juez para punir cualquier conducta contraria al “sano sentimiento del pueblo”, en el primer caso, o a los principios fundamentales de la revolución socialista, en el segundo”⁵⁸. Son obviamente inconstitucionales, las leyes penales que reprimiesen conductas contrarias al orden público, a las buenas costumbres, a la moral, o actos “subversivos”, comportamientos obscenos o deshonestos, o “actos ilícitos civiles”, violaciones generales a las leyes mercantiles, etc.

En este tipo de normas no es posible fijar el límite preciso y objetivo en donde comienza la indeterminación insoportable, la ley penal solo puede cumplir su constitucional función de garantía, si la prohibición de retroactividad se completa con la prohibición de preceptos penales indeterminados en la definición del hecho y en la fijación del marco penal, asimismo, atendiendo a los principios generales del derecho, aplicándose lo más favorables al reo.

Las formas de abrir los tipos son: su excesiva simplificación (el texto legal es tanto más abstracto y ambiguo cuanto más simple); el uso de valoraciones globales o parciales inciertas o vagas (la valoración es mas subjetiva y se presta más al capricho personal y la arbitrariedad cuanto más genérica y menos empírica); el abuso de los elementos subjetivos del tipo (tanto más cuanto más valorativos y amplios sean los fines, ánimos o tendencias). “*Se puede en general hablar de*

⁵⁸ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, págs. 72-73.

*abuso de los elementos normativos a subjetivos del tipo, cuando estos se usan en la ley penal para sustituir y no ya meramente para completar el sentido de la descripción de la materia prohibida a hecho conminado con pena*⁵⁹.

La ley penal en blanco, es una forma específica de los tipos abiertos, en la cual la ley penal previene la pena para una conducta que deja sin definir, por lo que ésta última queda sujeta a interpretación, y en algunas ocasiones, la propia ley señala para su entendimiento que deberá de efectuarse reenvío a otra ley en donde se explica el contenido de la conducta.

“Llámense “leyes penales en blanco” a las que establecen una pena para una conducta que resulta individualizada en otra ley (formal o material)”⁶⁰.

La ley penal en blanco presenta un problema, en el sentido de que “. . . cuando la regla de reenvío aparece recogida en una ley en sentido material pero no en sentido formal, es decir, que se trate de un ordenamiento que no necesariamente reúna las características de una ley, como ocurre con los reglamentos, lo que naturalmente origina cuestionamientos sobre su posible inconstitucionalidad. (Vgr.: en relación con los delitos contra la salud, en ocasiones la ley penal en diferentes países hace reenvío para integrar el contenido de lo que debe entenderse como estupefacientes o narcótico, a las listas de medicamentos y sustancias que las refieren como tales y que a veces aparecen previstas en leyes, pero en otras ocasiones, los más, se recogen en reglamentos e incluso en circulares sanitarias). Si el reenvío es en

⁵⁹ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* pág. 73.

⁶⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1998, pág. 397.

relación con una ley el problema es evidentemente menor y superable, pero no siendo así, debe reconocerse que el cuestionamiento es severo”⁶¹.

La ley penal en blanco no es inconstitucional en tanto que su estructura venga impuesta por la división de los poderes del Estado. Todo ordenamiento debe de tener su grado de jerarquía, por tanto, mientras la ley abierta realiza el reenvío a otra norma, el problema es mínimo, pero cuando lo hace a un reglamento puede actualizarse una cuestión de inconstitucionalidad.

“La ley formal o material que completa a la ley penal en blanco integra el tipo penal, de modo que si la ley penal en blanco remite a una ley que no existe, no tendrá vigencia hasta que se sanciona la que la completa”⁶².

Ahora bien, dependiendo de la orientación político criminal de un ordenamiento penal, es posible observar normas que responden a un concepto de derecho penal de acto, o bien a un derecho penal de autor, haciendo referencia a las características del encuadramiento punible, o sea, si el derecho penal pune por la comisión de una conducta típica, antijurídica y culpable, o bien, si traduce el alcance de su punición a las características de la persona del autor.

Tipo de acto es “. . . cuando la previsión legal del comportamiento previsto como delito en la ley penal, corresponde a comportamientos derivados de la conducta u omisión prohibidos u ordenados por la ley penal”⁶³.

⁶¹ Gustavo Malo Camacho, *Derecho Penal Mexicano*, Porrúa, S.A., México, 2000, pág. 304.

⁶² Eugenio Raúl Zaffaroni, *ob. cit.* pág. 398.

⁶³ Gustavo Malo Camacho, *ob. cit.* pág. 304.

Tipo de autor, no bien visto por el derecho penal liberal es el que "... implica la punición más que por la comisión de la conducta delictiva en sí, que causó el delito, por la personalidad del agente, que se considera como peligroso, en la inteligencia de que aun cuando el delito se llega a delimitar por el hecho, éste se considera básicamente como meramente sintomático de la personalidad del autor"⁶⁴.

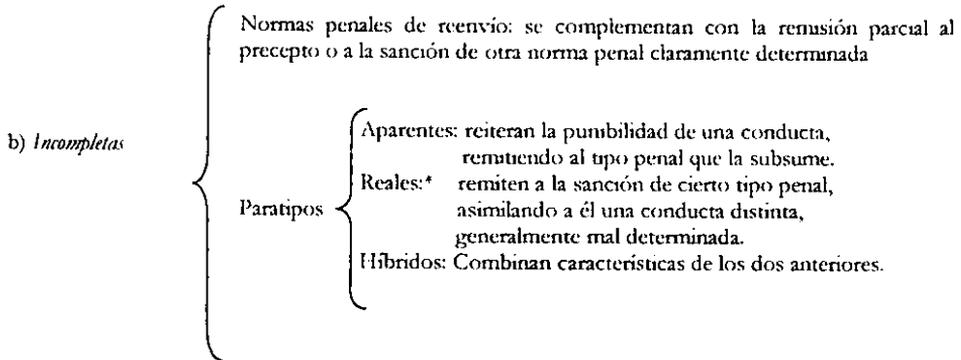
El tipo de autor se orienta a punir más que al hacer al ser y a la forma de ser, lo que es contrario al contenido ético social de la norma, para traducirlo en un contenido moral y ético individual de la persona, lo que para algunos se encuentra más allá del derecho, en cuanto orden de regulación de la conducta del hombre en la sociedad.

⁶⁴ Gustavo Malo Camacho, *ob. cit.* pág. 304.

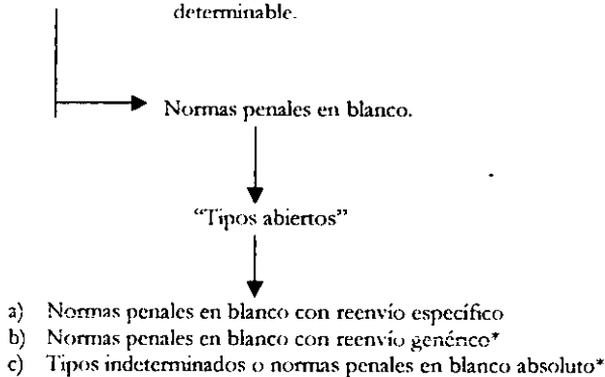
SUBCLASIFICACIÓN DE LAS NORMAS INCRIMINADORAS.

1. PERFECTAS: Contienen precepto y sanción.

a) *Completas:* el precepto y la sanción lo contienen en sí mismas, de modo que son autosuficientes.



2. IMPERFECTAS: el precepto sólo está relativamente determinado, o es más o menos precisamente determinable.



*(Deben considerarse inconstitucionales, por violación del principio de determinación del hecho punible y/o de su acción).

2.2.8. Fuentes del derecho penal

Fuente es todo aquello que da origen o hace posible el surgimiento de algo.

En general, las fuentes del derecho pueden ser reales, formales o históricas.

Reales. Las fuentes reales son la causa que hace necesaria la creación de la norma; constituyen un acontecimiento que, en un momento dado, propicia el surgimiento de una norma jurídica, por ejemplo: el aumento en delitos sexuales (como la violación) ha hecho que el legislador incremente su punibilidad aunque ello no sea eficaz.

Formales. Las fuentes formales “son los procesos de creación de las normas jurídicas”, de modo que en el derecho mexicano son fuentes formales la ley, la jurisprudencia, la costumbre y para algunos, también la doctrina y los principios generales de derecho.

Históricas. Las fuentes históricas son los medios objetivos en los cuales se contienen las normas jurídicas, por ejemplo: los pergaminos o códices en que se encuentran antiguas normas, o los bloques de piedra en que se hallan las disposiciones legales correspondientes.

Luego entonces, sólo la ley es fuente del derecho penal. Lo anterior es una consecuencia de lo que dispone la Carta Magna, en su artículo 14 donde establece la garantía de legalidad, conocida a través de las expresiones latinas *nullum crimen sine lege* (no hay crimen sin ley) y *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley).

Estos dogmas penales resumen la esencia del principio de legalidad.

2.2.9. Interpretación, aplicación e ignorancia de la ley penal

Noción de interpretación.

Interpretar significa explicar, aclarar y entender lo que es oscuro y confuso.

Existen diversas clases de interpretación, por su origen, por el método y por sus resultados.

La interpretación por su origen puede ser:

- a) *Doctrinal o interpretación privada*, es aquella que realizan los particulares. También llamada *científica*, cuando la llevan a cabo los estudiosos del derecho y los doctrinarios por medio de su obra escrita o de la palabra oral (conferencias, discursos, cátedras, etcétera).
- b) *Auténtica o legislativa*, es aquella que realiza el legislador para precisar o aclarar la significación de la norma jurídica.
- c) *Judicial, jurisdiccional o forense*, es aquella que llevan a efecto los juzgadores (juez, magistrado o ministro), con el fin de aplicar la norma jurídica a los casos concretos y con justicia, de manera que desentrañen el verdadero sentir del legislador cuando creó la norma.

La interpretación por su método puede ser:

- a) *Histórica*. Que consiste en que la norma debe entenderse en relación con el momento en que se creó, considerando las circunstancias sociales, políticas y económicas prevaletentes en el lugar y momento de su creación y, por último, entender el porque y para que de su origen.
- b) *Gramatical, de interpretación filológica o literal*. consiste en esclarecer la norma, según el sentido estrictamente literal de la disposición. Se trata de encontrar el significado de la norma por medio de las palabras empleadas, precisando su significación y connotación dentro de la gramática.
- c) *Lógica, de interpretación teleológica o racional*. parte de un análisis histórico, de modo que, en cierta manera, se funden la interpretación histórica y la lógica. Consiste en revisar las circunstancias imperantes en el momento en que se creó la norma, conocer la exposición de motivos respectiva, y saber que factores influían en la sociedad en aquel momento. Así podemos entender, por el surgimiento de diversos delitos como el delito de delincuencia organizada o el de violencia familiar.
- d) *Sistemática*. La cual implica conocer y comprender todo el cuerpo legal a que pertenece la norma por interpretar, para no considerarla aisladamente. En dicha interpretación deben tenerse en cuenta las doctrinas, corrientes y escuelas que ejercieron influencia en la norma y la orientación jurídica del Estado.
- e) *Analógica*. Que consiste en interpretar la norma, de manera que se recurra a

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

normas o casos similares entre sí, a fin de desentrañar su sentido.

La interpretación por sus resultados puede ser:

- a) *Declarativa*. En la interpretación declarativa coinciden la voluntad de la ley con la letra de ésta, de modo que existe identidad entre el texto literal y la intención del legislador.
- b) *Extensiva*. En la interpretación extensiva, la intención de la ley es mayor que lo expresado en el texto, de manera que la letra es más restringida que la voluntad legal. El intérprete deberá encontrar lo que la ley quiere decir, sin excederse en su interpretación.
- c) *Restringida*. La interpretación restringida es lo contrario de la extensiva, de modo que el texto legal expresa más que lo pretendido por el legislador. La letra va más allá de la voluntad legal.
- d) *Progresiva*. Algunos autores la llaman también *interpretación evolutiva*. como PORTE PETIT, quien al respecto expresa: “Consiste la interpretación progresiva o evolutiva en adaptar, adecuar el texto de la ley a las necesidades imperantes; interpretación que debe ser utilizada cuidadosamente, para evitar excederse de los límites señalados en la ley”⁶⁵. Una norma que no se adapta a los cambios sociales es anacrónica, obsoleta y, por tanto, ineficaz.

Es importante destacar que esta adecuación de la norma a la

⁶⁵ Griselda Amuchategui Requena, *ob. cit.* pág. 26.

realidad no debe caer en el extremo de pensar que promulgando leyes, los problemas sociales se resuelven por sí mismas. Las leyes serán útiles si quienes las aplican lo hacen correctamente, pero sin perder de vista que antes que nada hay que atacar las causas de los problemas sociales.

Se cree que en materia penal está prohibida la interpretación; sin embargo, esto no es así, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia sirven al abogado y al juzgador para interpretar correctamente la ley cuando ésta no es clara. En efecto, al impartir justicia, el juez no sólo puede interpretar la norma antes de aplicarla, sino que debe hacerlo.

Aplicación.

“Aplicar la ley consiste en materializar el contenido de una norma jurídica al caso concreto”⁶⁶.

En cuanto a la aplicación de la ley penal, existe confusión entre la interpretación analógica y la aplicación analógica. La aplicación analógica, está prohibida de conformidad con el artículo 14 de nuestra Constitución Política, más no así la interpretación analógica, conforme al principio de legalidad.

Por otro lado, aplicar analógicamente una pena consiste en imponer una sanción por un delito no previsto en la ley simplemente por analogía (semejanza) con otro delito, lo cual es violatorio de la garantía constitucional de legalidad contenida en el precepto constitucional señalado en el párrafo que antecede.

⁶⁶ Griselda Amuchategui Requena, *ob. cit.* pág. 26.

Principios generales de la aplicación de la ley.

Toda interpretación de la ley se vale de las concepciones jurídicas generales, basadas en la razón y la lógica cognitiva y emocional, y de las experiencias generales de la vida, la interpretación como del sentido, es una actividad valorativa.

“Cuando el derecho, trabado en un positivismo legal unilateral, pierde esta conexión, se convierte en algo inútil, en un juguete en poder de déspotas ambiciosos y desconsiderados”⁶⁷.

La interpretación de la ley, debe hacerse conscientemente, de forma razonada y lógica, bajo un aspecto humanitario de justicia, pero descansando sobre los fundamentos decisivos de la cultura para la cual se aplica.

No obstante, y bajo una conciencia jurídica, en toda interpretación deben regir principios fundamentales que la rigen, para el derecho penal, la interpretación de sus relaciones conceptuales con el derecho civil, la interpretación de las causas de atenuación y exclusión de la pena, de ahí que rige, para la fundamentación de la pena, normas restrictivas. La expresión en el principio de *nulla poena sine lege* o *no hay pena sin ley*, penetra más allá en la libertad, el honor, el patrimonio y en la vida misma de los hombre, haciéndose imprescindible, para todo Estado de Derecho, la protección o el aseguramiento de este principio. De ahí, la inserción de la prohibición de la *analogía* en derecho penal. Se refiere esto, a que un hecho puede sólo ser castigado si la *punibilidad* estaba determinada por la ley antes de que el hecho fuese cometido (*nulum crimen sine lege*), basta entonces con la existencia de la *punibilidad* sin ser

⁶⁷ Edmund Mezger, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª edición, Cárdenas Editor Distribuidor, México, 1990, pág. 62.

necesario la determinación de la pena y que ésta sea anterior al hecho (*nulla poena sine lege*).

Para la fundamentación de la pena, están prohibidos, el derecho consuetudinario y la analogía, no obstante ello, el derecho penal esta sujeto también a interpretación, en la cual no debe atenderse a las finalidades de la ley, sino al claro sentido del texto; por otra parte, la limitación y exclusión de la pena siguen las reglas generales de la interpretación.

Dentro de nuestro derecho mexicano, encontramos esta prohibición analógica de aplicar penas no determinadas antes de que sea cometido el hecho, en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

“Artículo 14. A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.”

Del párrafo tercero de este precepto se desprende la garantía de seguridad jurídica, relativas a la exacta aplicación de la ley en materia penal, que es una garantía de derecho humano, dentro de la cual queda prohibida la

aplicación analógica de penas o por mayoría de razón, entendiéndose por aplicación analógica de la ley, la que se da entre un hecho y la ley.

Para la aplicación de la ley, debe interpretarse la norma, por sus métodos, tanto gramatical, como la analógica, en base al uso de la técnica jurídica, comenzando por su vigencia, interpretación, integración, retroactividad y territorialidad. A fin de desentrañar el sentido de la norma, debe utilizarse el método exegético de la ley.

La interpretación analógica, no es inconstitucional, ni violenta el principio de *nulla pena sine lege* ni *nullum crimen sine lege*, pues en ella se utilizan razonamientos, donde se tienen varias normas o casos similares entre sí, a fin de expresar su sentido atendiendo a la hermeneútica jurídica.

La analogía, más que un método de interpretación, es una técnica para llenar o suplir los vacíos internos del ordenamiento jurídico, por medio de ella, una ley o norma determinada se aplica a casos no previstos en ella en forma alguna, en razón de su similitud con casos contemplados. No hay *ratio legis* sino sólo semejanza, casos semejantes deben recibir un tratamiento semejante.

Ignorancia de la ley penal.

En principio, se sabe que *la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento*; por tanto, será merecedor de una pena quien incurra en un delito, aun cuando ignorase que existía; no obstante, el artículo 52 del Código Penal Federal, otorga al juez la facultad de considerar, entre otras, la educación, la ilustración, los

usos y las costumbres del grupo étnico y otras circunstancias para la correcta aplicación de la pena, la cual podrá imponer a su criterio, valorando esas circunstancias. Para ello, normalmente tendrá un margen variable entre un mínimo y un máximo, a fin de aplicar la sanción a cada delito, de una manera más justa y equitativa.

**INTERPRETACIÓN, APLICACIÓN E IGNORANCIA
DE LA LEY PENAL**

INTERPRETACIÓN

Por su origen

- Doctrinal (privada o científica)
- Auténtica (legislativa)
- Judicial (jurisdiccional o forense)

Por el método

- Histórica
- Gramatical (filológica o literal)
- Lógica (teleológica o racional)
- Sistemática
- Análogica

Por sus
Resultados

- Declarativa
- Extensiva
- Progresiva (evolutiva)
- Restriictiva

APLICACIÓN

Principios de
Legalidad

- Nullum crimen sine lege
- Nullum crimen sine tipo
- Nulla poena sine tipo
- Nulla poena sine crimen
- Nulla poena sine lege

Análogica (prohibida por el artículo 14 de la Constitución)

IGNORANCIA

La ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento.

El juez valorará las circunstancias del hecho con base en los artículos 51 y 52 del Código Penal Federal.

2.2.10. **Ámbito de validez de la ley penal, requisito sine qua non para su eficacia.**

La norma jurídica, es decir toda regla de conducta que rige el actuar del hombre dentro de la sociedad, y cuyas características específicas son la generalidad, la abstracción y la obligatoriedad, así como sus elementos que son la disposición y la hipótesis o supuesto normativo, para llegar a ser efectiva requiere de validez. Esto es, no obstante que nuestro derecho es objetivo, o sea, que se encuentra plasmado en el conjunto de dispositivos legales contenidos en los diversos códigos, leyes, reglamentos, etc., debe también ser positivo y vigente, requisitos que todo el conjunto de normas jurídicas que lo componen cubren, ya que el Estado a través del Poder Legislativo Federal, esto es el Congreso de la Unión representado por la Cámara de Diputados y Senadores, crea las normas jurídicas, adquiriendo de esta forma la legalidad que requieren para que sean generales y obligatorias, pero también deben estar vigentes, esto es, deben estar actuales al momento de aplicarse a los casos en concreto.

Con este tema se tratan de precisar los alcances y límites de la ley penal. Primero, ante un problema concreto, se debe saber cuáles son las normas aplicables (ámbito material); después, precisar desde qué momento y hasta cuándo está vigente la norma (ámbito temporal); luego, determinar en qué demarcación geográfica o espacio físico tiene aplicación la norma (ámbito espacial) y, por último, saber a quién o a quiénes se aplica (ámbito personal).

Material

Tenemos tres órdenes, bajo los cuales pueden contemplarse

la aplicación de la norma:

- a) Común, local u ordinario.
- b) Federal o excepcional.
- c) Militar o castrense.

Orden *común, local ú ordinaria*. En base a nuestro sistema federal mexicano y a la libertad y soberanía de que goza cada estado, tiene cada entidad federativa la facultad de legislar en materia penal, en cuanto a su régimen interior; así, existirán delitos y normas procesales con diversas características, según el estado donde ocurran aquellos.

Por regla general, puede decirse que es común lo no reservado especialmente a la Federación. Dicho de otra manera, todos los delitos son comunes, menos los que expresamente y por excepción, la ley determina como federales.

Dentro del ámbito federal quedan comprendidos los delitos que afectan directamente a la Federación. Son *delitos federales* los establecidos en el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Por su lado, el artículo 1o. del *Código Penal Federal* establece que dicho *Código* se aplicará en toda la República para los delitos de orden federal, por reforma del 18 de mayo de 1999.

En cuanto al orden militar o *castrense* y cual rige las relaciones del cuerpo armado, y en virtud de que cuenta con su legislación especial, es decir el *Código de Justicia Militar*, en el cual se señalan los delitos y las penas correspondientes a los miembros del ejército. La *Constitución Política* otorga dichas

facultades y reconoce esa autonomía al fuero militar en sus artículos 10 y 13.

Dentro del ámbito de validez material, debe contemplarse el **límite constitucional**, como norma fundamental positiva o ley de leyes, pues la Constitución no puede ser desconocida o arrasada por el legislador. La ley que contraria algún canon constitucional, es anulable, en virtud del poder de control jurisdiccional de las leyes, función primordial y fundamental de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Temporal

El ámbito temporal, se refiere al momento en que debe ser aplicada la norma penal, el cual consiste en afirmar que es aplicable sólo durante su vigencia, lo cual implica que lo es desde el inicio de su vigencia (publicación en el *Diario Oficial de la Federación* o fecha señalada expresamente) y hasta que se deroga, de modo que ni antes ni después podrá aplicarse.

De aquí surge el problema a la retroactividad de la ley. En principio, ninguna ley se puede aplicar retroactivamente, o sea, ninguna ley puede aplicarse respecto a un hecho ocurrido antes del surgimiento de la norma.

Sin embargo, debe entenderse que tal prohibición, según el artículo 14 de la Constitución, se impone siempre que sea “en perjuicio de alguien”, de esa manera, la ley podrá aplicarse retroactivamente cuando resulte en beneficio del inculcado o sentenciado. Fundamentación de ello es el artículo 56 del Código Penal Federal. el cual señala que será aplicable la ley más favorable al inculcado o sentenciado.

Espacial

“La Ley debe aplicarse en el territorio donde se crea, pues emana en virtud de la soberanía de cada Estado; por tanto, debe tener aplicabilidad en su propio territorio, y no en otro”⁶⁸.

Referente al ámbito espacial de la ley penal, existen varios principios que son: de territorialidad, extraterritorialidad, personal, real y universal.

El principio *de territorialidad* lo establecía el artículo 1º del Código Penal Federal, al señalar que se aplicará en el Distrito Federal por los delitos del fuero común y en toda la República, por los delitos del fuero federal. Ahora con la reciente reforma de 1999 es federal, de aplicación en toda la República.

El principio *de extraterritorialidad*, supone que, en ciertas situaciones, la ley mexicana se puede aplicar fuera del territorio nacional, como en el caso previsto por el artículo 2o., fracción II y 4o. y 5o. del propio Código Penal Federal.

El principio *personal*, atiende a la persona en sí, aspecto que determinara la aplicación de la ley, como lo dispone el artículo 4º del Código Penal Federal, en cuanto a que se refiere a la nacionalidad de los sujetos activo y pasivo.

Respecto al principio *real*, éste se refiere a los bienes jurídicamente tutelados; en atención a ellos, se determina el Estado que debe sancionar al delincuente.

⁶⁸ Griselda Amuchategui Requena, *ob. cit.* pág. 29.

El principio *universal*, en cuanto a este principio, todas las naciones deben tener el derecho de sancionar al infractor de la ley.

El principio que rige en el sistema jurídico mexicano es el de territorialidad, y sólo excepcionalmente sigue otros.

Dentro del ámbito espacial surgen lo que es la extradición y la expulsión.

La extradición, consiste en la entrega que hace un Estado a otro de un acusado o condenado que se ha refugiado en aquél.

Cabe aclarar que la extradición ocurre en el plano tanto interno (nacional) como externo (internacional). En este último caso se rige por los tratados internacionales en que los Estados son parte y por las disposiciones de la *Ley de Extradición Internacional*.

La expulsión, consiste en que un Estado puede expulsar a los extranjeros cuya permanencia en territorio nacional juzgue inconveniente, según preceptúa el artículo 33 de nuestra Constitución, en su primer párrafo, segunda parte, el cual incluso señala que esta facultad del Ejecutivo no requiere un juicio previo.

Dentro del ámbito de validez temporal, no debemos dejar pasar por inadvertido los siguientes puntos:

1. La concreción al campo penal. Por regla general, debe de aplicarse la ley *vigente al momento de comisión del hecho* (*tempus regit actum*), en principio, penalmente no se aplica la ley anterior ni posterior, sino la concomitante con la ejecución del hecho

punible, por tanto la ley penal aplicable, debe haber sido expedida o promulgada con anterioridad al hecho, principio que se encuentra consagrado dentro de la garantía de seguridad jurídica, contemplada en el artículo 14 constitucional.

2. Tránsito de leyes penales. La ley penal se basa en el *principio de favorabilidad*, es decir, *retroactividad* (a favor) y *ultractividad* (también a favor del reo), cubriendo también a los condenados.

“Toda ley penal posterior al hecho debe de aplicarse de preferencia a la vigente al momento del mismo, si sus disposiciones son, en conjunto, más benignas para el reo que el conjunto de los preceptos contenidos en la última, según estimaciones del juez (en modo alguno del imputado)”⁶⁹.

En el tránsito de leyes punitivas, el juez debe valorar cuál de ellas es más favorable al reo y aplicarla en su integridad.

3. El *favor rei*. La favorabilidad no descansa sobre el principio de interpretación de la ley penal, sino sobre la directriz o criterio del juez para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo. De presentarse otros casos, el juez debe evaluarlos conforme a los principios generales y constitucionales, atendiendo a una interpretación más benigna, cuando exista colisión temporal de normas penales, y el juez no pueda determinar con precisión u objetividad, razonablemente, cual de ellas por su favorabilidad, es la aplicable al caso particular.
4. Retroactividad y ultractividad. Si la nueva ley es más favorable, debe de aplicarse

⁶⁹ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 119.

retroactivamente, si es desfavorable, debe aplicarse la ley vieja, en forma ultractiva, a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia.

“La ultractividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues a los juzgados se les aplicó precisamente la ley anterior favorable. La retroactividad, en cambio, tiene aplicación con respecto a casos juzgados o no juzgados; en los primeros, se modifica de oficio la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones”⁷⁰.

El *favor rei*, como el *favor libertatis*, son constitucionales y legales, implican *retroactividad*, la aplicación de una ley nueva a hechos pasados, hayan sido o no juzgados definitivamente; la *ultractividad*, como proyección de ley derogada, que el juez aplicará a hechos que fueron realizados durante su vigencia. Fácil resulta aplicar la ley más favorable, atendiendo todas las circunstancias relevantes, así como el conjunto de las disposiciones sobre cada asunto.

⁷⁰ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. I, pág. 124.

Personal

El ámbito de la validez de la ley penal en este aspecto, atiende a la persona a quien va dirigida; por supuesto, parte del principio de igualdad de todos los hombres ante la ley.

La igualdad de todos ante la ley, la prevé la *Constitución* mexicana, en el artículo 2º donde establece tal principio de igualdad, prohibiendo la esclavitud y considera libre al esclavo extranjero que entra en el país.

Por su parte, en el artículo 12 de nuestra Carta Magna, se declara que no se considerarán títulos de nobleza, prerrogativas ni honores hereditarios, e incluso desconoce los concedidos en otros países.

El artículo 13 de la Constitución, establece que se prohíbe la creación de leyes privativas y de tribunales especiales, con lo cual establece un trato igual a todos los ciudadanos.

Este principio de igualdad tiene excepciones, consistentes en situaciones especiales en las que este principio deja de tener aplicación, las cuales, se justifican plenamente:

a) En el derecho interno, la declaración de procedencia, se presenta un caso en el cual a determinados servidores públicos, ante la comisión de un delito, se les da un tratamiento especial, derivado de su función ante el Estado. Antes de la reforma constitucional de 1982 se le llamaba *fuero*.

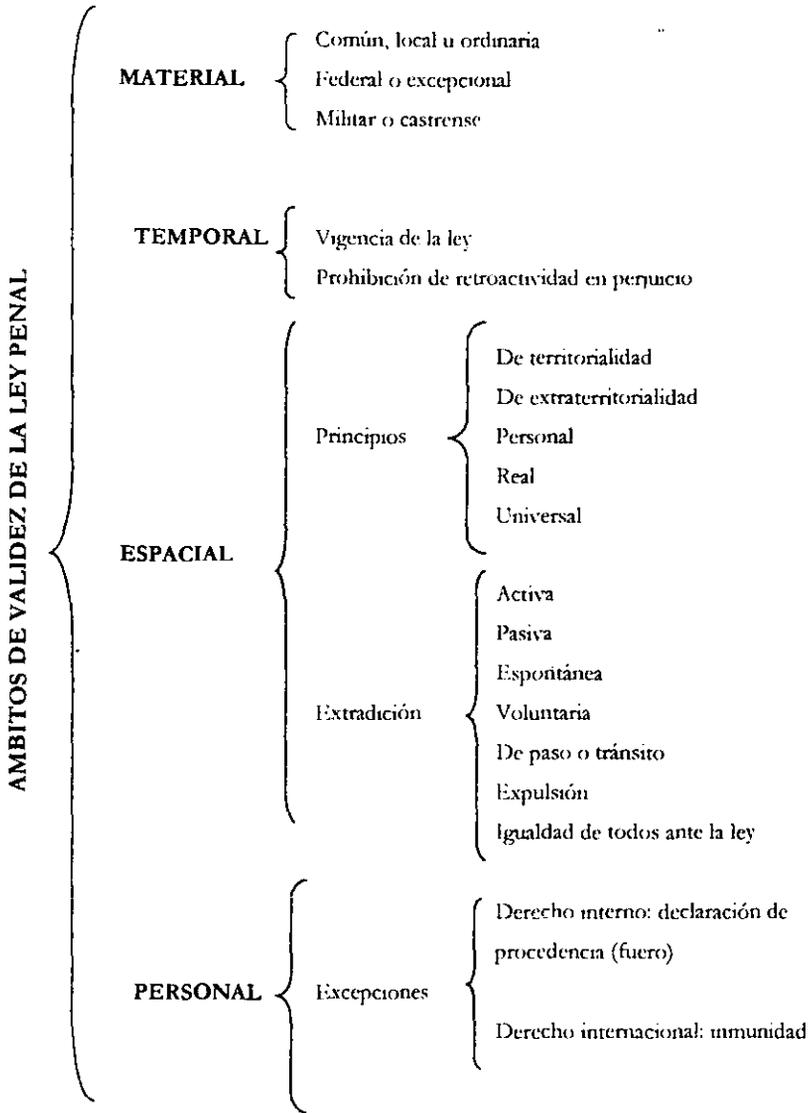
La responsabilidad de los servidores públicos dará lugar al castigo correspondiente, previo juicio político, en vez de seguirse el procedimiento que correspondería a cualquier ciudadano.

Para precisar dicha figura es necesario recurrir a los artículos 108, 109, 110, 111 a 114 de la Constitución Política, así como a los relativos en el capítulo correspondiente del Código Penal Federal en cuanto hace a los delitos cometidos por servidores públicos o a la ley especial infringida.

b) En el derecho internacional, tenemos la institución de la inmunidad, prerrogativa que se concede a los diplomáticos de otros países que se encuentran en el territorio nacional en el desempeño de sus funciones. Su razón de ser consiste en garantizar el debido cumplimiento de dichas funciones y evitar obstáculos, impedimentos e incluso falsas acusaciones, que trascenderían en desprestigio internacional.

En tal aspecto, se debe estar a lo dispuesto en tratados internacionales. Si el delito de que se trata no se encuentra previsto en la legislación penal interna, pero si en un tratado internacional, se estará al señalamiento del artículo 6º del Código Penal Federal que prevé la aplicación de un tratado internacional en el que México haya sido parte.

ÁMBITOS DE VALIDEZ DE LA LEY PENAL



CAPÍTULO III.- LA TIPICIDAD, ESTRUCTURA DE LOS TIPOS PENALES Y SUS RELACIONES CON LA PUNIBILIDAD Y LA ANTIJURICIDAD.

3.1. TIPO Y TIPICIDAD.

- 3.1.1. Concepto de tipo.
- 3.1.2. Evolución de los conceptos de tipo y tipicidad.
- 3.1.3. Tipicidad y su ausencia.
- 3.1.4. Principios generales de la tipicidad.
- 3.1.5. Clasificación de los tipos.
 - 3.1.5.1. Tipos legales y tipos judiciales.
 - 3.1.5.2. Tipos abiertos y tipos cerrados.
- 3.1.6. Concepciones objetiva y compleja del tipo penal.
 - 3.1.6.1. Concepción objetiva del tipo penal.
 - 3.1.6.2. Concepción compleja del tipo penal.
- 3.1.7. Supresión o modificación del tipo.
- 3.1.8. El tipo objetivo y sus elementos.
 - 3.1.8.1. Elementos objetivos.
 - 3.1.8.2. Elementos normativos.
 - 3.1.8.3. Elementos subjetivos.
- 3.1.9. El tipo subjetivo y sus elementos.
 - 3.1.9.1. Elementos subjetivos específicos.
- 3.1.10. Método de estudio del tipo.
- 3.1.11. Clasificación del delito en orden al tipo.
 - 3.1.11.1. Tipos en orden a las características de la formulación de la conducta: de formulación libre y casuísticamente formados.
 - 3.1.11.2. Tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados: simples y complejos.
 - 3.1.11.3. Tipos en orden a la forma de su integración: básicos y fundamentales, especiales y complementados.
 - 3.1.11.4. Tipos en orden a su autonomía e independencia: autónomos y subordinados.
 - 3.1.11.5. Tipos en orden a su forma de afectación al bien jurídico: de daño y de peligro.
 - 3.1.11.6. Tipos en orden a su composición: normales y anormales.
 - 3.1.11.7. Tipos en orden a su formulación: alternativa y acumulativa.
- 3.1.12. Cuerpo del delito o elementos del tipo penal.

3.2. LA PUNIBILIDAD Y LAS CAUSAS QUE LA EXCLUYEN.

- 3.2.1. Concepto.
- 3.2.2. Punibilidad y Delito.
- 3.2.3. Ausencia de punibilidad.

3.3. TIPICIDAD Y ANTIJURICIDAD.

CAPÍTULO III.- LA TIPICIDAD, ESTRUCTURA DE LOS TIPOS PENALES Y SUS RELACIONES CON LA PUNIBILIDAD Y LA ANTIJURIDICIDAD.

3.1. TIPO Y TIPICIDAD.

3.1.1. Concepto de tipo.

Cuando hablamos de tipo, nos referimos al delito y en consecuencia a la tipicidad, se ha definido al tipo como: “*Tipo, en sentido amplio, se considera al delito mismo, a la suma de todos sus elementos constitutivos, concepto al que hicieron referencia, como vieja aceptación del término, Ernesto Von Beling y Franz Von Liszt. Mezger alude a la palabra tipo, en el sentido de la teoría general del Derecho, como “el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica”⁷¹.*

El tipo es un elemento de la ley penal, ésta castiga toda acción típica (siempre y cuando se encuentre subsumible en un tipo descriptible en la ley), antijurídica (por cuanto es contraria a la norma) y que reúna los demás requisitos que Beling expone. Ahora bien, el delito y la norma son las dos piezas fundamentales en que se apoya la construcción entera del delito, puesto que *el tipo describe y la norma valora*. No obstante que lo injusto se estimó divisible por ramos jurídicos antes de Merkel, puesto que no hay injusto penal, la acción típica y la acción antijurídica no son la misma cosa, sino dos elementos independientes, por tanto la acción puede ser típica,

⁷¹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 3ª edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1974, pág. 237.

por ajustarse a la descripción de un artículo en el Código Penal, y no ser antijurídica, por existir una causa de justificación, y viceversa.

Desde el punto de vista de la teoría del delito, bajo el panorama europeo, imperan el dolo del causalismo y el finalismo. En el causalismo, bajo la teoría tradicional, el delito se sitúa sobre la base de la acción causal, el dolo queda situado dentro de la culpabilidad, como especie, elemento o forma, y en consecuencia es ajeno al tipo y a la tipicidad, apoyándose en la teoría normativa de la culpabilidad. En el finalismo, el delito se sitúa sobre la base de la acción finalista, el dolo se sitúa en la acción y, por ende, el tipo se construye con una parte objetiva y una parte subjetiva, la culpabilidad adquiere un concepto puramente normativo, el dolo forma parte del tipo y de la tipicidad.

Dentro del sistema de la ciencia jurídico penal se considera al tipo, a la punibilidad y a la culpabilidad, como elementos integrantes del delito. En la teoría de la lógica del tipo penal, el delito se integra con el precepto, la sanción y la responsabilidad. Por tanto norma, delito y pena, son consecuencias genéricas de los conceptos de tipo, punibilidad y culpabilidad. En esa tesitura, en la teoría de la ley penal, la norma jurídico penal está integrada por el tipo y la punibilidad, conceptos que son su ámbito de validez, su forma de interpretación, integración y concurso aparente de normas jurídico penales.

Por su parte JUAN FERNÁNDEZ C., denomina al injusto punible como la esencia de todo delito y a la descripción legal de la conducta injusta, lo llama *tipo*, *tipo penal* o *tipo legal*, y a la acción que corresponde a dicha descripción la califica como *típica* o adecuada a la figura de la ley incriminadora. "El tipo es, pues, un continente técnico formal de la conducta antijurídica y culpable que el legislador

amenaza con pena criminal, lejos de que el delito contenga al tipo como un elemento al lado de los otros⁷². Al injusto se le llama *hecho punible* cuando está conminado con una pena descrita por la ley.

Para MEZGER el “hecho punible es el conjunto de los presupuestos de la pena”⁷³, por tanto hecho punible es considerado como injusto punible, en el cual se encuentra una acción u omisión (conducta) que es atribuible a una persona.

Ahora bien, dentro de la parte general de la teoría lógico matemática del derecho penal, tenemos a:

- a) La teoría general de las normas jurídico penales.
- b) La teoría general de los delitos.
- c) La teoría general de las penas y las medidas de seguridad.

Por tanto, ubicamos al tipo dentro de esta teoría dentro de la teoría general de las normas jurídico penales, ya que éstas son elaboradas por el legislador y se sitúan dentro del mundo de la normatividad, satisfaciendo las características generales de toda norma jurídica.

Bajo ésta perspectiva, al tipo se le conceptualiza bajo tres niveles que son:

“A) El Tipo es uno de los tres predicados invariantes del Derecho Penal.

⁷² Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.* t. II, pág. 112.

⁷³ Edmund Mezger, *ob. cit.* pág. 77.

Funcionalmente, tipo es una clase de subconjuntos, necesarios y suficientes, que garantizan el bien jurídico.

Estructuralmente el tipo es una clase definida en el Derecho Penal, y caracterizada por los siguientes subconjuntos:

- a) El deber jurídico penal;
- b) El bien jurídico;
- c) El sujeto activo;
- d) El sujeto pasivo;
- e) El objeto material;
- f) El Kernel;
- g) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico;
- h) La violación del deber jurídico penal.

Estos subconjuntos, considerados en su totalidad (tipo), incluyen todos los elementos de cualquier figura legal contenida en cualquier ordenamiento legal; su validez, en consecuencia, no está limitada por los marcos del tiempo y el espacio, es decir su validez es universal (científica)⁷⁴.

Bajo esta perspectiva, se considera al tipo como un todo, que constituye al delito mismo, mismo que tiene bien definidos los elementos y subelementos que lo componen, por lo que en caso de faltar alguno de ellos, no habría tipo y en consecuencia tampoco delito.

“B) El Tipo de Tipo es un concepto que corresponde a cada una de las estructuras derivadas del Tipo. Es claro que estas estructuras han de incluir

⁷⁴ Luis De la Barrera Solórzano, *Algunos Pseudoproblemas en el Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Derecho, México, 1974, pág. 20.

todos los subconjuntos que se consideran en el tipo, aunque por definición, tales subconjuntos cambien de uno a otro tipo de tipo. La variación, obviamente, se da en los elementos de los subconjuntos⁷⁵.

Dentro de esta concepción, la constitución del tipo se vuelve más complicada, en razón de que cada tipo es diferente, existen tipos que no reúnen todos los subconjuntos que lo integran, siendo factible que no se integre el mismo.

“C) El Tipo Legal es la figura descrita por el legislador. Sus propiedades estructurales y funcionales son, en términos de abstracción, especificaciones de segundo nivel respecto a las propiedades genéricas del tipo. Obviamente, tales especificaciones varían de uno a otro tipo legal. Ejemplos: en el tipo legal de homicidio, el bien jurídico es la vida; en el tipo legal de lesiones, el bien jurídico estriba en la salud personal⁷⁶.”

Por su parte Francisco Muñoz Conde, considera al tipo como “la descripción de la conducta prohibida que lleva a cabo el legislador en el supuesto de hecho de una norma penal⁷⁷.”

El tipo en consecuencia es la descripción de conductas que hace el legislador, y no sólo describe acciones u omisiones, sino también determinados ámbitos situacionales. El tipo es, entonces, la descripción de la acción u omisión prohibida creada por el legislador.

⁷⁵ Luis De la Barreda Solórzano, *ob. cit.* pág. 21.

⁷⁶ *Id.*, pág. 22.

⁷⁷ Carlos Daza Gómez, *Teoría General del Delito*, 2ª edición, Editorial Cárdenas Editor Distribuidor. México, 2000, pág. 67.

No obstante, que el legislador es el que crea al tipo, éste debe de cubrir con las finalidades del poder penal del Estado, pues en caso de que omita algún elemento o subelemento, no se configura el tipo, siendo por tanto que aún cuando existan tipos legales, no sean aplicables, y por tanto queden impunes los mismos.

3.1.2. Evolución de los conceptos de tipo y tipicidad.

Desde su concepción, al tipo se le ha considerado como delito, y viceversa, algunos autores consideran al tipo como la descripción del delito contenido en la norma jurídica, y otros al delito como tipo descrito por la norma jurídica, sin que ello sea trascendente, puesto que su análisis es prescindible para estudiar a la tipicidad.

Francisco Pavón Vasconcelos, hace alusión a la concepción del *tatbestand*, que antecede a la doctrina alemana anterior a BELING, “como el total delito, es decir, la suma de todos sus elementos constitutivos, tanto objetivos como subjetivos”⁷⁸. Es así, como se da la evolución del tipo, siendo su predecesor BELING, y surge la primera fase, denominada *fase de la independencia*. Para Ernesto Beling, el tipo cumple una función descriptiva, separándose de los elementos de antijuricidad y culpabilidad, pues el precisar si la acción típica es injusta y su autor culpable son cuestiones ajenas al tipo, correspondientes a la valoración misma de la acción, la cual cae dentro del ámbito de lo antijurídico y de lo culpable, de manera que tanto la tipicidad como la antijuricidad son elementos independientes del delito, aún cuando necesarios para su integración. Por tanto si el tipo en el *tatbestand*, juega un papel

⁷⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *ob. cit.* pág. 244

independiente, sirve sin embargo para conectar en al figura abstracta y conceptual todos los caracteres y elementos del delito.

Después surge la *fase indiciaria*, en la cual el tipo ya no es una mera descripción. En el año de 1915, Max Ernesto Mayer, en su Tratado de derecho Penal, desarrolla una doctrina en la cual pretende otorgar al tipo una mayor importancia de la que le dio Beling. Para Mayer, el tipo tiene valor indiciario de la antijuricidad de la conducta o del hecho, constituyendo el fundamento para conocerla. En la tesis de Beling el tipo no implica valoración de la acción, por la ausencia total del contenido de valor, en la de Mayer el tipo es *ratio cognoscendi*, o sea fundamento cognoscitivo de lo injusto. En su teoría Mayer pregona la independencia entre tipicidad y antijuricidad, con lo cual pretende colocar las cosas en su justo sitio, limitándose a poner en evidencia que la primera es indicio de la segunda, de manera que para él, toda conducta típica es posiblemente antijurídica.

Como tercera fase, surge la *fase de la identidad*, en la cual el tipo es *ratio essendi* de la antijuricidad, tesis sustentada por Edmundo Mezger, en la cual el tipo como fundamento de la antijuricidad, expresó que quien “actúa típicamente actúa también antijurídicamente en tanto no exista una causa de exclusión del injusto. El tipo jurídico penal que describe dicho actuar típico posee, por tanto, la más alta significación en orden a la existencia de la antijuricidad penalmente relevante de la acción: es fundamento real y de la validez (*ratio essendi*) de la antijuricidad, aunque a reserva, siempre, de que la acción no aparezca justificada en virtud de una causa de exclusión del injusto. Si tal ocurre, la acción no es antijurídica a pesar de su tipicidad”⁷⁹. Mezger define al delito como la acción típicamente antijurídica y culpable, estudia al tipo dentro de la antijuricidad, en la cual ésta es contemplada no sólo como

⁷⁹ Edmundo Mezger, *ob. cit.* págs. 375-376.

característica de la acción punible, sino también como injusto típico e injusto material. Asimismo, otorga al delito el carácter de una acción típicamente antijurídica, al expresar que la decisión respecto a si una determinada conducta cae en la esfera del Derecho punitivo “resulta de la consideración de que, como fundamento de la exigencia penal del Estado, no es suficiente cualquier acción antijurídica, sino que es preciso una antijuricidad especial, ‘tipificada’, ‘típica’. No toda acción antijurídica es punible; para que esto ocurra es preciso que el Derecho penal mismo la haya descrito previamente en un tipo especial”⁸⁰.

En la última fase de la evolución del tipo, la antijuricidad tiene el carácter de *ratio essendi* del tipo, en la que si una conducta llega a ser tipificada en la ley es en virtud de su grave antijuricidad, por cuanto contraría las normas de cultura en las cuales el Estado encuentra su base jurídico política, lo que justifica su declaración delictiva y su sujeción a la sanción penal. A esta fase, se afilia Franco Guzmán, quien considera que el tipo surge “de una acotación de la conducta antijurídica que el legislador considera en un momento determinado como digna de una pena, constituyendo por tanto la antijuricidad la *ratio essendi* de la tipicidad”⁸¹, pero admitiendo que si se toman en cuenta los momentos del delito, la tipicidad tiene el carácter puramente indiciario de la antijuricidad, debido a que si un determinado hecho se considera típico, se está en presencia de un indicio de su calidad antijurídica.

3.1.3. Tipicidad y su ausencia.

En la idea de que el delito es la acción u omisión, típica, antijurídica y culpable, o dentro del concepto que señala el artículo 7º del Código Penal Federal, que expresa “Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes

⁸⁰ Edmundo Mezger, *ob. cit.* pág. 364.

⁸¹ Franco Guzmán, *Delito e Injusto*, México, 1950, págs. 53-54

penales”, el término de tipicidad no puede pasar inadvertido como la adecuación típica, que evidencia la existencia del tipo legal o figura del delito.

Francisco Muñoz Conde dice “que toda acción u omisión es delito si infringe en el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por los tipos penales (tipicidad) y puede ser atribuida a su autor (culpabilidad)”⁸².

Para que el delito nazca a la vida del derecho penal, requiere de la configuración de sus elementos, por tanto no debe confundirse al tipo con la tipicidad, en razón de que el tipo es un presupuesto del delito, mientras la tipicidad es uno de sus elementos constitutivos. El tipo presupone, la descripción legal de una conducta en los preceptos penales, la tipicidad es la adecuación del hecho o la conducta a la hipótesis legislativa.

En cita “La *ausencia de tipicidad o atipicidad* constituye el aspecto negativo de la tipicidad, impeditivo de la integración del delito, mas no equivale a la ausencia del tipo. Esta supone *la falta de previsión en la ley de una conducta o hecho*. Hay *atipicidad*, en cambio, cuando el comportamiento humano concreto, previsto legalmente en forma abstracta, no encuentra perfecta adecuación en el precepto por estar ausente alguno o algunos de los requisitos constitutivos del tipo. Atipicidad es, pues, *ausencia de adecuación típica*.”⁸³

Atendiendo la diferencia existente entre tipo y tipicidad, se deduce que el tipo es la creación del legislador cuyo fin es el de garantizar uno o más bienes jurídicos, por tanto el tipo es un *presupuesto del delito*. En cambio, la tipicidad, es

⁸² Carlos Daza Gómez Carlos, *ob. cit.* pág. 70.

⁸³ Francisco Pavón Vasconcelos, *ob. cit.* pág. 261.

el encuadramiento de la conducta externa del hombre en la hipótesis legislativa, es decir, al tipo previsto o preestablecido.

En ese orden de ideas, toda acción u omisión típicamente antijurídica, culpable y adecuada a un precepto o figura legal conforme las condiciones objetivas de la hipótesis legal, da lugar a la configuración del delito.

En contraposición de la tipicidad, la *atipicidad* como aspecto negativo de ésta, se eventualiza cuando existe ausencia de conducta en la adecuación al tipo, así pueden darse diversos supuestos, para que no se de la tipicidad.

“Concretamente se originan hipótesis de atipicidad:

- a) Cuando falta la *calidad* exigida por el tipo en cuanto al *sujeto activo*;
- b) Cuando falta la *calidad* exigida por el tipo, respecto al *sujeto pasivo*;
- c) Cuando hay *ausencia de objeto* o bien existiendo éste no se satisfacen las exigencias de la ley por cuanto a sus atributos;
- d) Cuando habiéndose dado la conducta, están ausentes las referencias *temporales* o *espaciales* exigidas por el tipo;
- e) Cuando no se dan en la conducta o hecho concretos los *medios de comisión* señalados por la ley, y

- f) Cuando están ausentes *los elementos subjetivos del injusto*, requeridos expresamente por el tipo legal.⁸⁴

Depende entonces, para que se de la tipicidad de la descripción legal que haga el legislador al plasmarla en la norma jurídica, pues al presentarse alguna calidad en alguno de los sujetos, sea activo o pasivo, y exista la conducta, se da la atipicidad. Así también, cuando no se dan los medios de comisión que el tipo exige, o las referencias temporales o espaciales, ausencia en el objeto, o de los elementos subjetivos, el delito no se configura y por tanto no existe el reproche penal del Estado.

Se ha considerado a la tipicidad como “La acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. A lo dicho anteriormente sobre el particular (v. núms. 81 y 91) sólo hemos de añadir que la acción ha de encajar dentro de la figura del delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuricidad penal, que lo es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito. Pero puede existir la tipicidad penal sin que exista acción antijurídica, como ocurre con las causas de justificación en las que hay tipicidad y también juridicidad, por lo que el delito no existe. Por esto puede decirse asimismo que la antijuricidad es elemento constitutivo del delito pero no lo es del tipo; es *ratio cognoscendi* éste de aquella, “como el humo del fuego” (Mayer), pero sin que se confunda con ella por no ser su *ratio essendi*.”⁸⁵

Como nuestro derecho penal contiene, dentro de las causas de exclusión de delito, que señalan el artículo 15 del Código Penal Federal, pueden existir la conducta, elemento normativo, pero puede estar ausente la voluntad,

⁸⁴ Francisco Pavón Vasconcelos, *ob. cit.* págs. 261-262.

⁸⁵ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 422

elemento subjetivo, en cualquier supuesto, el tipo puede presentarse, pero uno de sus presupuestos pueden estar ausentes, y al no haber adecuación al tipo, surge la atipicidad.

“La conducta humana es configurada hipotéticamente por el precepto legal. Tal hipótesis legal constituye el tipo. “El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito” (Jiménez de Asúa). Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.”⁸⁶

No debe confundirse a la *atipicidad* con la ausencia del tipo, pues como ha quedado apuntalado, la atipicidad es la no adecuación de la conducta al tipo, en base a cualquiera de los supuestos señalados, en tanto la ausencia del tipo es la carencia del mismo, es decir, en el ordenamiento sustantivo relativo a la materia o en las leyes especiales, no existe la descripción típica de la conducta que determine su antijuricidad.

La tipicidad es la adecuación de un hecho concreto con la descripción que de ese hecho se hace en la Ley Penal.

En países como México, y en razón de que nuestra forma de gobierno es una federación, existen pluralidad de leyes en respeto a la soberanía estatal o local, para poder hacer una distinción, así mientras en algún Estado de la República, exista una descripción normativa contenida en el ordenamiento legal, y se eventualice una conducta que encuadre en el tipo, el delito se configura, pero si en otro Estado, no existe esa misma descripción legal, aunque se actualice la conducta no

⁸⁶ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 423.

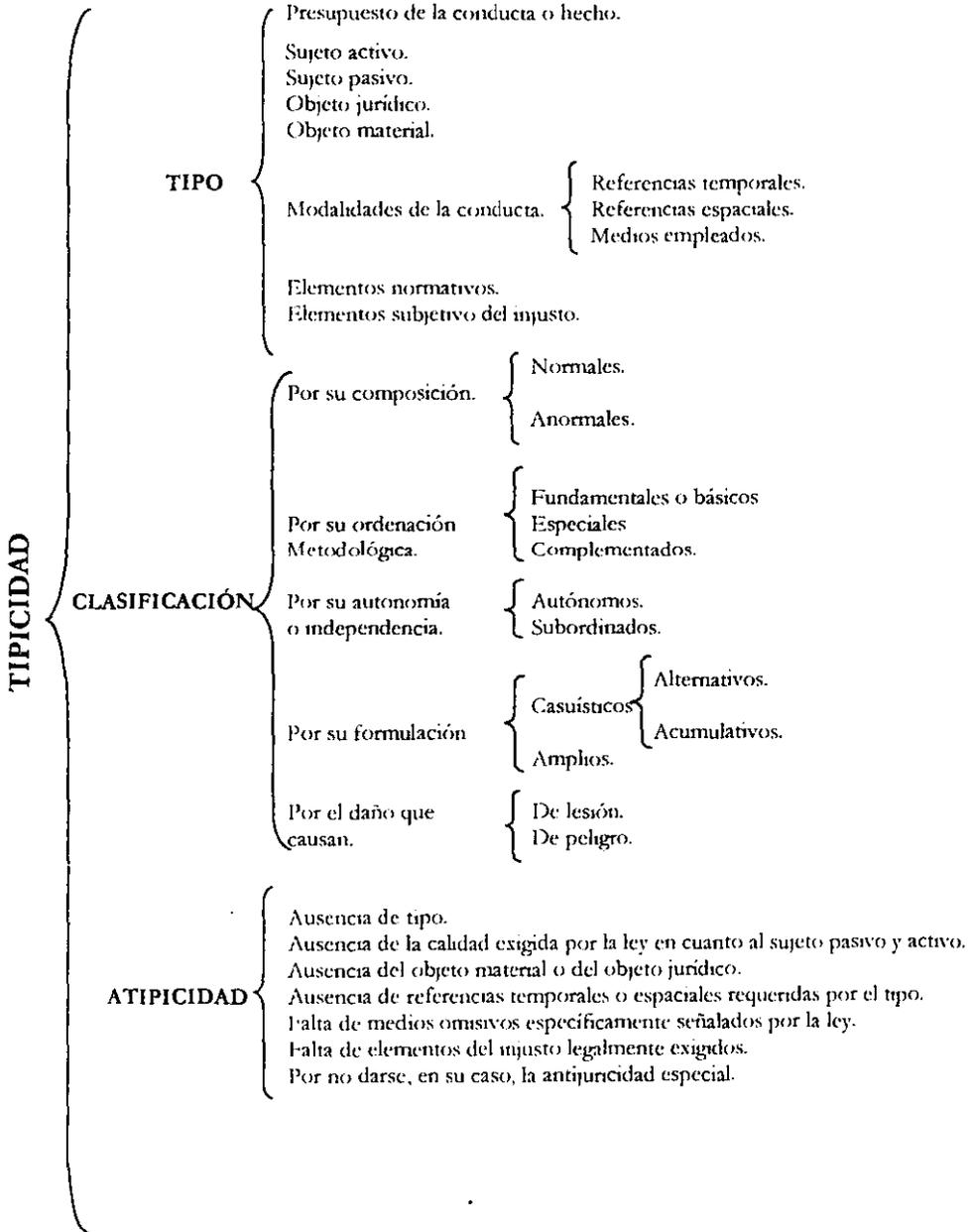
existe tipicidad, ni atipicidad, sino a una mera ausencia de tipo legal, como ejemplo sencillo podemos citar el adulterio, tipo legal descrito en el Código Penal Federal, pero no en el Código Penal Estatal, para el Estado Libre y Soberano de Veracruz.

Sin embargo, nuestra Carta Magna, en su artículo 14 establece el principio *nullum crimen sine lege*; por tanto, sólo los hechos tipificados en la Ley Penal como delitos pueden ser considerados como tales. Algunos autores, concuerdan que el tipo cumple tres funciones:

1. Una función de adecuación, mismo que se diferencia de otros tipos por su amplitud.
2. Una función de garantía, el cual contiene todos los elementos que de acuerdo con el principio de legalidad, conducirán a la aplicación de una pena y que puedan no caber dentro del tipo de la adecuación. El tipo debe describir exactamente la conducta prohibida, y
3. Una función motivadora, en la cual el legislador indica en el tipo qué conductas están prohibidas, y con ello se abstengan de realizar la conducta prohibida.

Ahora bien, el tipo puede estar ausente, entonces aunque existan conductas consideradas ilícitas o contrarias a las buenas costumbres o a "la moral", se da la atipicidad y el poder penal del Estado, ya sea Estatal o Federal, queda limitado a la descripción de la hipótesis normativas, y la sociedad sufre sus consecuencias.

TIPICIDAD



3.1.4. Principios generales de la tipicidad.

La tipicidad se encuentra apoyada en conjunto de normas objetivas mexicanas, por diversos principios supremos que constituyen la garantía de legalidad, estos principios se traducen de la siguiente manera:

- a) *Nullum crimen sine lege*. No hay delito sin ley.
- b) *Nullum crimen sine tipo*. No hay delito sin tipo.
- c) *Nulla poena sine tipo*. No hay pena sin tipo.
- d) *Nulla poena sine crimen*. No hay pena sin delito.
- e) *Nulla poena sine lege*. No hay pena sin ley.

Estos principios rectores de la tipicidad se encuentran amparados por nuestra Carta Magna, en sus artículos 14, 16, 19 y 21.

3.1.5. Clasificación de los tipos.

3.1.5.1. Tipos legales y tipos judiciales.

El tipo legal es el derivado de la función del legislador, y se encuentra previsto en la ley penal, como fuente única del derecho penal. Por tanto, el legislador es el único que puede crear suprimir y modificar los tipos legales.

Hay sistemas que reconocen la analogía, en donde el Juez es el que está facultado para crear los tipos penales, situación que no es dable en nuestro país, pues dicha función recae en el poder legislativo.

El tipo judicial se deriva de la función integradora creadora de la ley penal a partir del órgano jurisdiccional, donde se rompe el principio de legalidad. Esta función se encuentra en algunos países de poder autoritario, cortes fascistas o totalitaristas, siendo un ejemplo claro el Estado nacional socialista alemán, que incorporó diversas reformas a su ley penal, entre las cuales en el año de 1935, la analogía penal, que declaró punible el acto merece ser punido en base al concepto del sano sentimiento del pueblo. Otro ejemplo, tenemos al ordenamiento penal soviético, el cual incorporó como acción socialmente peligrosa la dirigida en contra del régimen soviética, sancionando al acto como peligroso y se reconocía la analogía como fuente de creación del delito y de la pena. Asimismo, Dinamarca reconoce dentro de su ley penal a la analogía como única fuente de creación de tipos o penas, la cual no se ha llevado a la práctica.

Sin embargo, todos los tipos delictivos al momento de su interpretación por el órgano jurisdiccional, en su aplicación al caso en concreto, algunas veces y por cierta necesidad debe completar el tipo penal en los términos de lo previsto por el texto de la ley, pero tal interpretación no debe ser a tal grado extensa que sustituya el sentido de lo que es la interpretación para caer en lo que constituye una verdadera integración del tipo, ámbito que se encuentra prohibido por el principio de exacta aplicación o reserva de la ley penal.

Un claro ejemplo de esta función del tipo judicial, se encuentra en los tipos abiertos, que “en cierta medida observan su presencia en relación con los delitos culposos y sobre todo en los delitos de omisión impropia, casos en los cuales, es necesario que el juzgador integre el tipo para precisar sea el

contenido de la violación al deber de cuidado, y sobre todo el de la posición garante⁸⁷.

3.1.5.2. Tipos abiertos y tipos cerrados.

En algunos casos el tipo no individualiza totalmente la conducta prohibida, sino que exige que el juez lo haga, para lo cual deberá acudir a reglas generales o pautas que están fuera del tipo penal.

Dependiendo de su elaboración y redacción con la que el tipo penal queda precisado en el texto de la ley penal, es como se les denomina *tipos cerrados* los cuales “pueden presentarse en redacción que incluso puede resultar hasta técnicamente criticable, cuando es excesivo, como es el caso de los “tipos casuistas”, en la inteligencia que a mayor número de elementos exigidos por el tipo, naturalmente es menor el número de casos que resultan regulados, y, por tanto, es mayor la posibilidad de que puedan quedar sin adecuada o suficiente regulación otros casos no contemplados como efecto del excesivo casuismo⁸⁸.”

En su parte opuesta, aparecen los tipos abiertos, en donde el tipo no individualiza perfectamente la conducta prohibida, por lo que obliga al juzgador a integrar el contenido del tipo, para terminar de individualizar lo que la ley no precisó, lo cual puede originar problemas de inconstitucionalidad, como consecuencia de que conforme al principio de legalidad, sólo la misma ley puede determinar los tipos delictivos y las penas correspondientes y el juez no puede integrar los tipos o penas, sino sólo interpretar la ley precisando su alcance.

⁸⁷ Gustavo Malo Camacho, *ob. cit.* pág.303

⁸⁸ *Ibidem.*

Estos tipos necesitan acudir a una norma de carácter general, en que sin salirse de los elementos de la propia ley penal en el tipo, puede individualizarse perfectamente la conducta prohibida.

3.1.6. Concepciones compleja y objetiva del tipo.

3.1.6.1. Concepción objetiva del tipo penal.

Ernst Von Beling, fue el precursor de la teoría del tipo penal, en 1906, quien introdujo la distinción en el injusto entre tipicidad y antijuricidad.

El concepto de tipo penal nace, pues en 1906, concebido en forma objetiva, es decir, abarcando sólo la exterioridad de la conducta y prescindiendo de todo lo interno⁸⁹.

Este criterio objetivo-subjetivo tiene una dificultad en cuanto a que la prohibición resulta sólo de la exterioridad de la conducta, o sea de un puro proceso causal.

Antes de Beling la antijuricidad y la culpabilidad eran meramente objetivas. Posterior a éste, a parece la tipicidad y la antijuricidad del lado objetivo del tipo, quedando la culpabilidad del lado subjetivo. Por tanto, al tipo se le puede traducir como la prohibición de la causación del resultado, es decir para los alemanes toda conducta es una acción positiva, donde existe voluntariedad.

⁸⁹ Eugenio Raúl Zaffaroni, *ob. cit.* pág. 399.

3.1.6.2. Concepción compleja del tipo penal.

La teoría objetiva del tipo presentaba un problema, ya que no se podía resolver la limitación de la causalidad, ni explicarse la tentativa, por tanto con el descubrimiento de los elementos subjetivos y de la culpabilidad normativa, no satisfacían mucho su ubicación, al grado de determinarse que el dolo debía de estar en el tipo, como lo propusieron Hellmuth Von Weber en 1929 y en 1935, y el Conde Alexander Zu Dohna en 1936.

Weber participaba de una distinción bipartita del tipo: el tipo de injusto y culpabilidad, en el primero se incluye al dolo y se está dentro de una concepción objetiva-subjetiva, mientras tanto la culpabilidad queda dentro del rango normativo.

Por su parte, Dohna mantenía la división tripartita del tipo, sosteniendo que la antijuricidad recaía sobre el aspecto objetivo del tipo y la culpabilidad sobre el subjetivo.

Por los años 30s, Wezel hace mención al tipo complejo, el cual aparece con un aspecto objetivo y otro subjetivo, manteniendo en la teoría del delito tres caracteres a saber: la tipicidad, la antijuridicidad y la culpabilidad, que es la idea de tipo penal que sostiene nuestro sistema jurídico.

Este sistema ubica el querer del resultado *dolo* en el tipo, resolviendo así el problema de la causalidad, que está limitada por la voluntad. La tentativa se distingue claramente, porque el *dolo* pasa a ser problema típico. Así, el tipo prohíbe una conducta y no una causación.

3.1.7. Supresión o modificación del tipo.

Se entiende como supresión o modificación del tipo a la “Causa extintiva de la acción penal o la sanción en su caso y por ello, de la responsabilidad penal, conforme a lo prescrito en el artículo 117 del c.p., referente a la vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable”⁹⁰.

El precepto legal invocado, estipula que:

“ARTÍCULO 117. La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.”

Por lo que atendiendo las reglas generales relativas a la aplicación de sanciones prescribe la norma obligatoria de la retroactividad de la ley más benigna cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o la medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley que resulte más beneficiosa al inculcado o sentenciado, siendo evidente que la supresión del tipo penal constituye el caso extremo en que el hecho mismo, por el que se ha abierto una causa penal o dictado sentencia condenatoria, ha dejado de ser delictivo y por ello extingue la acción penal ejercitada o, en su caso, las sanciones impuestas, situación la última que implica una excepción de la cosa juzgada.

En cuanto a la modificación del tipo penal, cuando es esencial, acarrea el mismo efecto. En tanto son variados los elementos constitutivos del tipo penal, se transforme el hecho punible, apareciendo uno nuevo, diverso al que

⁹⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª edición, Porrúa, S.A., México, 1999, pág. 973.

ha sido materia del ejercicio de la acción penal o de la pena impuesta, y por ello conforme a la ley penal, esto es al artículo 117 del Código Sustantivo de la materia, se extingue la una o la otra. Al entrar una nueva ley más favorable, no sólo modifica la precedente eliminando la figura delictiva (supresión del tipo penal), sino también la que disminuye la gravedad del delito señalando una sanción más leve o bien creando causas de justificación o excusas, que de alguna forma mejora la situación del delincuente. Podemos concluir entonces, que en realidad la modificación esencial en los elementos del tipo equivale a una auténtica supresión del tipo anterior.

3.1.8. El tipo objetivo y sus elementos.

JUAN FERNÁNDEZ C., hace referencia al *tipo de prohibición*, como el hecho punible descrito en la ley penal conminado con una pena; divide al tipo en *objetivo* y *subjetivo*. El tipo objetivo hace referencia al aspecto externo de la conducta y el tipo subjetivo al aspecto interno o psicológico.

Al derecho penal codificado se le ha separado en parte especial y general, por razones de técnica legislativa, las figuras delictivas, generalmente describen la acción externa, así como sus consecuencias materiales o resultado, ya que la parte interna se encuentra subsumida en la *culpabilidad*. La diferencia entre los aspectos externos e internos de la acción u omisión (conducta) no significan que el tipo sea autónomo con respecto al tipo subjetivo, ya que ésta estriba en lo meramente conceptual o metodológica, pues de su conjunción se podrá vislumbrar la existencia de la acción jurídico penal conforme al tipo. En base a esa función meramente metodológica, la separación analítica entre la acción u omisión externa (*tipo objetivo*) y acción u omisión interna (*culpabilidad o tipo subjetivo*), no es absoluta, en razón de que

ésta acción u omisión es desplegada por un ser humano, por tanto no puede estar desposeída de su contenido interno o psiconormativo.

“El estudio del tipo objetivo, como la parte externa (perceptible) del tipo de prohibición, debe abarcar: la acción, el resultado, el nexo causal y las demás formas de imputación objetiva del resultado a la conducta del autor, los llamados “elementos del tipo” (objetivo), la razón objetiva de la prohibición u objeto de la tutela, los sujetos activo y pasivo de la infracción, los accidentes típicos de la acción, la exigibilidad objetiva del deber jurídico y la antijuricidad”⁹¹.

Toda acción u omisión humana, esta acompañada de su aspecto interno o psicológico, sólo que al tipo objetivo sólo le interesa que la acción u omisión corresponda a una volición, por otra parte, la voluntad se adentra en el *tipo subjetivo* (dolo, culpa, preterintención).

Dentro del *tipo objetivo* se ubican los elementos meramente descriptivos u objetivos, normativos y subjetivos del injusto. En el *tipo subjetivo*, se ubican los elementos subjetivos especiales del injusto.

3.1.8.1. Elementos objetivos.

También llamados *elementos descriptivos o meramente objetivos*, y son aquellos que se refieren a los aspectos de la conducta (externa e interna). A estos elementos los podemos considerar como la “Expresión mediante la cual se pretendió que en los casos de la operancia de una justificante, el hecho deja de ser típico, aludiendo a la concurrencia en la especie de elementos negativos del tipo. No deja de

⁹¹ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, págs. 130-131.

ser sugestiva la circunstancia de que el robo justificado por un estado de necesidad, excluya la tipicidad de la acción de apoderamiento de la cosa ajena mueble, por no tratarse de una acción ilícita o contra el derecho (art. 367 apoderamiento con derecho); que en el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando existe motivo justificado, no puede por esta circunstancia darse la tipicidad de la omisión, en los términos en que se encuentra redactado el art. 336 del c.p. En este tenor, serán atípicas todas aquellas conductas o hechos en que el tipo haga concreta referencia a su antijuricidad o injusticia, pero ello en manera alguna autoriza a hablar de la presencia de “elementos negativos del tipo”, a pesar del esfuerzo que en tal sentido han desplegado algunos prestigiados autores⁹².

Dentro de éstos elementos se ubican la acción externa, el resultado material, el nexa causal y las circunstancias de lugar, tiempo y modo, los medios e instrumentos utilizados, los sujetos activo y pasivo no calificados, etc. Sin embargo, la descripción objetiva, siempre estará provista de un juicio de valor o valoración, ya que existen diversas acciones que se encuentran descritas de modo vago o confuso, que no se identifican con un proceso externo meramente causal.

“Los sujetos y la acción pueden ser elementos objetivos o elementos normativos del tipo, según como aparezcan captados y descritos en él, aunque regularmente, y es también lo ideal en los derechos de estirpe demoliberal, serán objetivos o al menos notoria o preponderantemente objetivos⁹³.”

Por tanto, se puede configurar la conducta ilícita descrita por la norma, pero ésta no sería reprochable, en virtud de que se actualizara la existencia de alguna de las causas de exclusión del delito a que hace referencia el

⁹² Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª edición, Porrúa, S.A., México, 1999, pág. 969.

⁹³ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, pág. 176.

artículo 15 del Código Penal Federal, sólo en ese supuesto, se podría presentar el elemento negativo del tipo.

3.1.8.2. Elementos normativos.

Los elementos normativos constituyen los elementos descriptivos del delito, los cuales son aquellos que se aprecian por el simple conocimiento del mismo, por tanto el tipo describe la conducta o el hecho ilícitos, dando como consecuencia de ello la responsabilidad penal.

“Son remisiones del tipo legal a criterios de valor que el juez debe reproducir en el proceso de “subsunción” o adecuación típica a la conducta. Su función es completar la descripción objetiva de la conducta, para hacer del hecho un modelo más inequívoco de lo injusto punible”⁹⁴.

Se trata de elementos que forman parte de determinados tipos penales y que reciben el nombre de normativos porque requieren valoración por parte del juzgador. Para Mezger constituyen presupuestos del injusto típico, cuya determinación se realiza a través de una valoración de la situación de hecho, la que se estima necesaria para captar su sentido, valoración que puede ser eminentemente jurídica o bien cultural, cuando se verifica de acuerdo a criterios extrajurídicos. “A los elementos típicos normativos –expresa Mezger- pertenecen además todos los ‘elementos de una valoración jurídica’, que hallamos atravesando en todas direcciones los tipos penales (...). Frente a ellos encontramos los ‘elementos con valoración cultural’, en los que el proceso valorativo (del juez) ha de realizarse con arreglo a

⁹⁴ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, págs. 176-177.

determinadas normas y concepciones vigentes que no pertenecen, sin embargo, a la esfera misma del Derecho⁹⁵

Los elementos normativos, en opinión de Jiménez de Asúa, se encuentran vinculados con la antijuricidad, sin que ello implique negarles su carácter de elementos de la descripción típica. Se trata, dice el destacado jurista, de “elementos normativos vinculados a la antijuricidad, que constan en la descripción típica, y que como veremos luego, obligan al juez instructor a sobrepasar su función propia meramente cognoscitiva, para entrar en valoraciones de carácter normativo”⁹⁶.

La presencia de elementos normativos en el tipo ha puesto a prueba la separación entre tipicidad y antijuricidad.

En esa tesitura, si la conducta no se encuentra descrita por la norma jurídica, no se actualizan los elementos normativos del delito, no siendo reprochable la misma, dando como consecuencia que no exista la responsabilidad penal del sujeto que la realizó, pues su actuar no sería antijurídico, sino se encontraría dentro de lo jurídico.

Dentro de la teoría de la lógica del tipo en el Derecho Penal, sostenida por Olga Islas y Elpidio Ramírez⁹⁷, sustentan dos criterios: 1) Aquellos cuya determinación requiere una valoración jurídica o cultural, y; 2) Aquellos con antijuricidad incluida en el tipo. Se refieren a aquellos tipos que contienen ciertas expresiones, que son inconsistentes dentro del mismo, y al no constituir elementos

⁹⁵ Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, *Tratado de Derecho Penal I*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, págs. 389-390.

⁹⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 970.

⁹⁷ Olga Islas y Elpidio Ramírez, *Lógica del tipo en el Derecho Penal*, Editorial Jurídica Mexicana, México, 1970, pág. 90.

típicos, carecen de contenido propio, citando por ejemplo expresiones como “ilícitamente”, “indebidamente”, “sin derecho”, etc.

Los elementos descriptivos del tipo están formados por procesos que suceden en el mundo real, u objetos que en él se encuentran, pero que difieren de los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos, por lo que en virtud de que pueden pertenecer al mundo físico y al psíquico, se acostumbra a distinguir entre:

a) *Elementos objetivo descriptivos*, que proceden del mundo externo perceptible por los sentidos. Ejemplo: inhumación.

b) *Elementos subjetivos descriptivos*, pertenecientes al mundo psíquico de la gente o de un tercero. Ejemplo: la finalidad de atentar contra su libertad sexual.”⁹⁸

Podemos entender a los elementos descriptivos en concordancia con Juan Bustos Ramírez como “Aquellos que pueden ser comprendidos sólo con su percepción por los sentidos . . .”⁹⁹

En efecto, los elementos descriptivos podemos considerarlos conceptos tomados del lenguaje cotidiano o de la terminología jurídica que describen objetos del mundo real, pero que necesariamente son susceptibles de una constatación fáctica, por lo que pueden entenderse como “descriptivos”, aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico. Asimismo, dependerá del nivel del lenguaje, en que se describa al tipo, conformando dicha descripción su estructura.

⁹⁸ Raúl Plascencia Villanueva, *Teoría del Delito*, 2ª edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 107.

⁹⁹ Carlos Daza Gómez, *ob. cit.* pág. 80.

Ejemplos: Elementos que designan objetos del mundo exterior aprehensibles por los sentidos (persona, matar, dañar la salud, local cerrado). Objetos del mundo psíquico interior (codicia, ánimo de enriquecimiento, ánimo de apropiación).

3.1.8.3. Elementos subjetivos.

Estos elementos, se enfocan hacia el motivo o fin de la conducta descrita por la norma jurídica, en aquello que motivó al sujeto a realizar la conducta, sancionada por el derecho penal.

“Hablar de elementos subjetivos del tipo implica el reconocimiento de que éste no necesariamente se conforma con elementos meramente descriptivos. En efecto, con frecuencia los tipos contienen elementos de índole subjetiva referidos al motivo o fin de la conducta descrita, elementos que en ocasiones exceden el marco de referencias típicas al no estar incluidas en las definiciones contenidas en los tipos penales, como ocurre por ejemplo en el robo, delito en el que no basta para su perfección el apoderamiento de la cosa por el activo, sino requiere además que éste tenga el propósito de apropiársela, característica de índole subjetiva que no encuentra referencia concreta en los elementos del tipo del art. 367 del c.p., pero que yace en la entraña del mismo”¹⁰⁰.

En la doctrina, éstos elementos subjetivos se refieren a la antijuricidad de la conducta o a la culpabilidad del autor y aluden tanto al móvil, intención, propósito como al fin perseguido.

¹⁰⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 970.

Jiménez de Asúa separa los elementos subjetivos de la siguiente manera: a) elementos que claramente se refieren a la culpabilidad; b) elementos ambivalentes respecto a la culpabilidad y al injusto; c) elementos que al vincularse al fin originan los llamados delitos de tendencia interna trascendente; d) elementos que al referirse al móvil se ubican en la culpabilidad, y e) elementos de exclusiva referencia a lo injusto (*animus lucrandi* en el robo; *animus iniurandi* en los delitos contra el honor)¹⁰¹.

Los elementos subjetivos deben estudiarse dentro de la teoría del tipo y de la tipicidad, ya que no pueden estimarse como elementos del delito. En ocasiones, y de acuerdo con Jiménez de Asúa, la referencia a la culpabilidad es manifiesta por el uso en el tipo de expresiones tales como “voluntariamente”, “intencionalmente”, “deliberadamente”, “con intención”, etc., entonces el móvil revela la típica exigencia para comprobar la culpabilidad, en tanto la finalidad hace clara referencia a la vinculación de los elementos subjetivos con la antijuricidad (para fines propios, con el fin de, etc.).

Dentro de la teoría de la lógica matemática del tipo penal, se sustenta que “Los llamados “elementos subjetivos” también son pseudo conceptos. Por tal razón, han sido eliminados. En el modelo, en cuanto se sitúa al dolo en el tipo, hay coincidencia con la teoría finalista de la acción; se difiere, en cambio, en la extensión del contenido del dolo.”¹⁰²

Esto es, que al dolo se le sitúa dentro de un grado de subjetividad, dependiendo del tipo de que se trate dependerá la clase de dolo. Por

¹⁰¹ Luis Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, 3ª edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1965, t. III, págs. 841-842.

¹⁰² Olga Islas y Elpidio Ramírez, *ob. cit.* pág. 91.

tanto, dentro de esta teoría el dolo expresa la parte subjetiva del tipo, siempre y cuando sea típico, es decir, en concordancia con la teoría finalista, el dolo tipo se diferencia del dolo natural, como sucede en el parricidio, radicado el dolo en la intención de privar de la vida a los ascendientes, distinguiéndose así el dolo en genérico y específico.

Por otro lado, el dolo no agota el elemento subjetivo del tipo, en cuyo caso se requiere, en la descripción legal, de determinados elementos subjetivos que tienen carácter específico para la total determinación del injusto, elementos que cumplen como primordial función la integración del tipo, por lo que tienen también una función garantizadora al determinar claramente el tipo de comportamiento que es merecedor de la pena, a lo que se agrega en los elementos subjetivos de intención trascendente, una función anticipadora de la punibilidad, destacándose la vinculación que tales elementos tienen con la antijuricidad.

Bustos Ramírez clasifica a estos elementos subjetivos en: a) elementos subjetivos de intención trascendente, que comprende los llamados delitos de resultado cortado o anticipado y los delitos mutilados de dos actos o mejor de dos actos reducidos a uno o en que se prescinde por el legislador de uno; b) elementos subjetivos de tendencia, en que la acción va penetrada de un determinado ánimo, de manera que no es posible concebirla sin ese ánimo que la envuelve; c) elementos subjetivos de expresión (como en el falso testimonio); d) elementos subjetivos psicológicos-situacionales, que expresan una determinada relación del sujeto con la situación en la que se encuentra y, por tanto, también están más allá de lo que requiere el dolo; e) elementos subjetivos de ánimo o de carácter, con las menciones al enañamiento o al proxenitismo, que aparecen más bien como problemas propios al sujeto responsable (a la culpabilidad en el sentido tradicional). Y aún allí se podrían

plantear críticas, ya que no están en relación al sujeto con su hecho, sino con su personalidad o carácter y, por tanto, se alejan de la concepción de un derecho penal de Estado de derecho social y democrático.

En la teoría de los llamados “elementos del tipo” (objetivo) destaca la importancia de la determinación del contenido del dolo y por tanto del tipo de error. El dolo se refiere al conocimiento y a la voluntad de la realización de todos y cada uno de los elementos del tipo (objetivo), abarcando así al tipo de prohibición. Entonces el dolo abarca la ilicitud del comportamiento ajustado al tipo objetivo, pues su descripción en la ley tiene el sentido de la prohibición, así la antijuricidad es el complemento, objetivamente valorativo, del tipo de la acción u omisión conminada con la pena. “La antijuricidad se desprende de la correlación del tipo prohibitivo de que se trate con los tipos permisivos reconocidos por el orden jurídico”¹⁰³.

3.1.9. El tipo subjetivo y sus elementos.

Se le ha denominado *tipo subjetivo* o *tipo de culpabilidad*, o simplemente *culpabilidad* (típica), al aspecto interno o psicológico del tipo penal. Esto es, el aspecto psicológico de la acción u omisión antijurídica, constituye el tipo subjetivo.

Al derecho penal le interesa, si bien es cierto, lo subjetivo, pero que lo anímico o psíquico se encuentre concretamente expresado en una determinada conducta externa, no es así, en razón de que los meros pensamientos no son de relevancia social que trasciendan en el derecho penal. El derecho no busca lo

¹⁰³ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, pág. 179.

interno como tal, sino una vez que éste trascienda, se concrete y se materialice en actos externos de relevancia social.

Con la tradicional tripartición del tipo que hace Beling, se le concibe como la conjunción del tipo del injusto (aspecto externo) y del tipo de culpabilidad (aspecto interno). Esta distinción no pone en peligro el método analítico del tipo. Antijuricidad y culpabilidad son nítidamente distinguidas, dentro del tipo, como aspectos del injusto.

Dentro de un método analítico del tipo, antijuricidad y culpabilidad son distintas, por lo que una no puede excluir a la otra, no puede existir solamente el injusto objetivo, pues la base de la moderna responsabilidad jurídico penal es el injusto culpable, que puede ser punible o no, según que esté previsto o no en un tipo penal. Por tanto, desde cualquier punto de vista, *delito es hecho antijurídico*, cuya pena depende de que se ejecute *culpablemente* y se corresponda cabalmente con un *tipo*, que ese hecho sea *objetiva y subjetivamente típico*.

Desde su visión objetiva o bajo la panorámica de la teoría del delito bajo el dogma causalista, en el cual la conducta es un mero proceso físico-causal, no deja de tener una valoración interna, por ello con el positivismo y el esquema conceptual de los neokantianos, se separa al ser del deber ser, implicando que todo acto tiene una valoración interna, separando el aspecto subjetivo del objetivo, recayendo por tanto en la capacidad de acción dando lugar a la inimputabilidad o involuntariedad que es la incapacidad de acción final-valorativa.

“Acción, antijuridicidad y culpabilidad son, por tanto, los peldaños del injusto tipificado por las leyes penales. De ellos, sólo el último, la

culpabilidad típica, se diversifica, según que el injusto se realice por un imputable o por un inimputable, cosa que por cierto sería innecesaria en un derecho penal que no bifurque sus reacciones sancionatorias en penas (para imputables) y medidas de seguridad (para inimputables)¹⁰⁴.

Bajo esta perspectiva podemos decir que existe cuasi-delitos o de que existe el cuasi-injusto o deliro incompleto de los inimputables, el sujeto que sea capaz o incapaz, actúa o no actúa, contraria o no al derecho, bajo una culpabilidad a medias, o subjetivamente hablando, su variable capacidad para comprender la ilicitud de sus acciones y arreglar sus conductas a las mismas, así el grado de culpabilidad varía de acuerdo al grado externo o ambiental de libertad con que el sujeto actúa y del que depende, la exigibilidad o inexigibilidad de una conducta diversa según la ley (causas de inculpabilidad).

“Culpabilidad es, entonces, el nexo psiconormativo entre el autor y el injusto típico objetivo (realización del tipo objetivo de prohibición) y puede ser más o menos perfecto o completo, según la capacidad psíquica o libertad interior del agente (grado “pleno” para imputables e “incompleto” para inimputables)¹⁰⁵.

Esta composición psicológica y jurídica del dolo, nos refleja las distintas formas de éste, de la culpa y de la preterintención, en donde la valoración y autocontrol de la conducta desplegada por el autor tiene un cierto grado el cual puede ser suficiente para fundar justamente la pena criminal o la medida de seguridad. Sin embargo, en todos los tipos dolosos, donde se requiere una voluntad de acción, deben contener una congruencia entre sus aspectos objetivo y subjetivo, pero existen tipos subjetivos que no necesariamente requieren del dolo para su realización.

¹⁰⁴ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, pág. 220.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

3.1.9.1. Elementos subjetivos específicos.

Se ha considerado que el tipo subjetivo de prohibición no se agota, con las diversas formas de la culpabilidad (dolo, culpa y preterintención), ya que la ilicitud de hechos no depende de su material objetividad, ni que la misma se realice consciente y voluntariamente, sino del sentido de la acción u omisión que el agente tenga como fin perseguido, transmutándose a su ánimo, o los motivos que determinaron su conducta. Estos componentes psicológicos ingresan en el tipo cuando éste los acoge para fundamentar el injusto, esto es, su agravación, atenuación o exclusión. Puede, en su caso, un elemento subjetivo, como uno normativo, completar al hecho punible, refiriéndose sólo a la figura básica o a las calificadas sea con agravación o atenuación.

El legislador puede repetirlos innecesariamente, al hacer mención en el tipo de prohibición, las exigencias del dolo o de alguno de sus elementos, lo cual, puede ocurrir también, con los elementos normativos, mismos que constituyen reiteraciones de la antijuridicidad.

“Si lo que agregan al texto del tipo legal es algo –subjetivo o normativo- que pueda ser suplido por los dispositivos de la parte general, se está en presencia de una enunciación legal repetitiva, en los tipos particulares, de ingredientes que de todas maneras tenían que ser incluidos, a tenor de las normas generales. Pero si cambian el valor de los hechos o lo constituyen, se trata de propios y esenciales elementos psicológicos (o, en su caso, normativos) del tipo legal, que adicionan las exigencias psicológicas de la culpabilidad propiamente dicha (o de la antijuridicidad)”¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Juan Fernández Carrasquilla, *ob. cit.*, t. II, pág. 280.

Éstos elementos subjetivos específicos fueron plenamente reconocidos por Mezger y posteriormente por el finalismo, dependiendo de la concreción de la intención o fin de la conducta en el tipo de prohibición, de diferenciar un hecho injusto de otro justo, separa un injusto punible de otro impune, deslindar una figura delictiva de otra, o de calificar el tipo con agravación o atenuación. Sólo pueden existir causas de justificación si el mismo tipo permiso las contemplan, es a lo que llamamos *causas excluyentes de responsabilidad* (artículo 15 del Código Penal Federal).

3.1.10. Método de estudio del tipo.

Al efectuar un análisis de los elementos del tipo penal, resulta conveniente precisar dentro de la postura teórica en la cual nos encontramos, pues las variantes son muy claras en cada una de ellas, así, por ejemplo: la idea de tipo penal con sus elementos ha variado de sobremanera desde el descubrimiento realizado por Beling, cuando lo analizaba desde el punto de vista eminentemente descriptivo, y por ende sus elementos tenían tal característica.

Posteriormente apareció la propuesta de Fischer sobre los elementos subjetivos del tipo penal (1911), y los elementos normativos con Mayer en (1915), con lo que el tipo logró contener elementos descriptivos, objetivos, subjetivos y normativos, siendo tal la consideración de la doctrina al respecto.

En relación con los elementos del tipo, la doctrina actual no adopta una postura que plenamente conteste en torno a éstos, por lo que existen diversas variantes; así, existe una distancia entre los autores defensores de la teoría de

la acción causal y los que adoptan la teoría final de la acción, derivado de su concepción sobre el delito y los elementos incluidos.

Los primeros identifican al delito con elementos tales como la acción, la antijuridicidad, incluido el tipo y la culpabilidad, en tanto en los segundos separan al tipo de la antijuridicidad y analizan a éstos como dos elementos distintos del delito, amén de estudiar por separado el delito omisivo, el delito de acción, el delito doloso y el delito culposo, de donde se deriva una diversa sistemática para el estudio de los elementos del tipo.

En este sentido, para Muñoz Conde los elementos esenciales de tipo penal son el sujeto activo, la acción y el bien jurídico, postura similar a la expresada por Carrancá y Trujillo autor para el cual los elementos característicos del tipo son el sujeto activo, la acción y el objeto material del delito, o sea, aquel sobre el que recae la acción típica.

Por otra parte, con una tendencia adecuada a la teoría final de la acción, Jescheck considera al tipo con un origen emanado de la conjunción de los elementos que fundamentan el contenido del injusto de la correspondiente especie de delito e identifica como pilares básicos de éste a:

- a) el bien jurídico;
- b) el objeto de la acción;
- c) el autor, y
- d) la acción.

Lo anterior significa que en cada uno de dichos pilares básicos deberán de integrarse otros elementos que servirán de base para establecer los

elementos del tipo, lo cual Islas de González Mariscal, Márquez Piñero, Maurach, Roxin, Mir Puig, Rodríguez Devesa, Cerezo Mir, interpretan en el sentido de caracterizar al tipo penal con los siguientes subconjuntos:

- a) el deber jurídico penal;
- b) el bien jurídico;
- c) el sujeto activo;
- d) el sujeto pasivo;
- e) el objeto material;
- f) la voluntad dolosa o culposa, la actividad o inactividad corporal, el resultado material, los medios, las referencias de tiempo, espacio y ocasión.

A nuestro modo de ver, los elementos del tipo penal, aluden a aspectos de subjetividad, normatividad y descriptividad, en términos amplios, sin embargo, en particular, guardan un contenido vinculado íntimamente a los conceptos de acción, sujeto activo, sujeto pasivo, bien jurídico, objeto material, dolo, culpa, actividad o inactividad corporal, resultado, medios y referencias de tiempo, lugar u ocasión.

En nuestro país, los códigos dan muestra de una clara tendencia hacia la postura defendida por la teoría final de la acción, en tal virtud, integran al tipo penal los elementos consistentes en:

- I. La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, la puesta en peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;
- II. La forma de intervención de los sujetos activos; y
- III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

En donde apreciamos con claridad, como en la fracción III del mencionado artículo, que la acción se envió al tipo penal y dentro de ésta se colocó al dolo y a la culpa, postura claramente finalista, la cual rompe con la concepción tradicional que veía a la culpabilidad con sus dos especies o grados (culpa y dolo) y que ahora se establece como un juicio de reproche en contra del autor del delito, en el mismo sentido al hacer referencia la primera fracción a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, se invoca la “antijuridicidad” en su aspecto material, y en el contenido del inciso b) se refiere nuevamente a la antijuridicidad enfocada al aspecto formal.

De la Barreda Solórzano, clasifica a los elementos del tipo en descriptivos y valorativo, los primeros dice constituyen el objeto sobre el cual recae la valoración dada típicamente por el legislador, y tanto éstos como los valorativos contienen la valoración legal de ese objeto.

“Los descriptivos son:

- a) El bien jurídico;
- b) El sujeto activo;
- c) El sujeto pasivo;
- d) El objeto material;
- e) El kernel, integrado por:
 - aa) La voluntad dolosa o voluntad culposa;

- bb) La actividad o la inactividad;
- cc) El resultado material (y el nexo causal);
- dd) Los medios;
- ee) Las referencias temporales;
- ff) Las referencias especiales;
- gg) Las referencias de ocasión;
- f) La lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

Los descriptivos y valorativo solamente son dos:

- a) El deber jurídico penal;
- b) La violación del deber jurídico penal.

Desde otro punto de vista, los elementos del tipo se clasifican en:

- a) Subjetivos: la voluntad dolosa y la voluntad culposa.
- b) Objetivos: todos los demás¹⁰⁷

Podemos agregar a los elementos señalados por De la Barreda, que a lo que el le llama elementos descriptivos, constituyen dentro de la teoría matemática del tipo penal, como los elementos normativos, ya que dentro de la teoría clásica del delito, se podría considerar al tipo como el resultado de un acto externo positivo o negativo del hombre, de ahí su evolución por las teorías positivistas, hasta que se derivaron los elementos subjetivos y objetivos del tipo. Ahora bien, el tipo da lugar al delito, la pena a la punibilidad. La pena forma parte del delito, pero su imposición incumbe, por tanto dependiendo del nivel del lenguaje en que se estructure al tipo, se encontrara la punibilidad, pero todos los tipos, dentro de su nivel

¹⁰⁷ Juan De la Barreda Solórzano. *ob. cit.* págs. 22-23.

normativo están estructurados por: la conducta, el sujeto activo, el sujeto pasivo, el objeto material, el bien jurídico y el deber jurídico.

3.1.11. Clasificación del delito en orden al tipo.

El tipo como descripción objetiva del comportamiento prohibido (según teorías de Hegler, Saur y Mezger, donde el tipo se convierte en materia de prohibición), y según el criterio de algunos juristas finalistas, “el tipo contiene todos aquellos elementos que fundamentan el contenido material del injusto de una clase de delitos”¹⁰⁸.

Son diversas las clasificaciones que se le hacen al tipo, así tenemos algunas realizadas por Mezger, Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta.

“MEZGER distingue entre:

- I. Delitos de *simple actividad y de resultado*;
- II. Delitos de *lesión y de peligro* (concreto o abstracto).
- III. Delitos *básicos* o fundamentales y *cualificados y privilegiados*.
- IV. Tipos *compuestos*, en los que incluye:
 - a) Delitos de *varios actos*;
 - b) Delitos compuestos en sentido estricto;
 - c) Delitos *permanentes*, y
 - d) Delitos *mixtos, acumulativa y alternativamente formados*;
- V. Tipos *necesitados de complemento*, los cuales subdivide en:
 - a) Tipos en los que el complemento se haya en la *misma ley*;

¹⁰⁸ Carlos Daza Gómez, *ob. cit.* pág. 71.

- b) Tipos en los que el complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanada de la misma instancia legislativa*, y
- c) Tipos en que el complemento se halla contenido *en otra ley, pero emanada de otra instancia legislativa*.

JIMÉNEZ DE ASÚA aborda el estudio de los tipos conforme al orden siguiente:

1. En razón de sus fundamentos: *fundamentales, cualificados y privilegiados*;
2. En referencia a la autonomía de los tipos: *básicos, especiales y complementarios*;

Atendiendo al acto:

- a) Tipos de *formulación libre, casuísticamente formados, alternativos y acumulativos*;
- b) Otras clasificaciones en orden al *resultado*;
- c) Delitos *condicionales* (que no son especies de tipos).
- d) Examen especial de los llamados *delitos de resultado cortado*.

Atendiendo a los *elementos subjetivos de lo injusto*:

- a) Por los *elementos subjetivos referentes al autor*:
Delitos de *expresión*;
Delitos de *tendencia o impulso*, y
Delitos de *intención*.
- b) Por los *elementos subjetivos que se dan fuera del agente*.

JIMÉNEZ HUERTA los clasifica así:

En torno a su *ordenación metodológica*.

- a) *Básicos*,
- b) *Especiales*:
 - a') *Agravados*
 - b') *Privilegiados*.
- c) *Complementados*:
 - a') *Agravados*
 - b') *Privilegiados*.

En torno al *alcance y sentido de la tutela penal*:

- a) *Tipos de daño*
- b) *Tipos de peligro*:
 - a') *Tipos de peligro efectivo*
 - b') *Tipos de peligro presunto*
 - c') *Tipos de peligro individual, y*
 - d') *Tipos de peligro común.*

En torno a la *unidad o pluralidad de bienes tutelados*:

- a) *Simple*
- b) *Complejos*:
 - a') *Complejo especial*
 - b') *Complejo complementado.*¹⁰⁹

Dentro del estudio que se realice de la norma jurídico penal o tipo penal, a nivel normativo, se puede pasar al nivel fáctico del delito y la pena.

¹⁰⁹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, págs. 256-257.

CLASIFICACIÓN DEL DELITO EN ORDEN AL TIPO

POR LA CONDUCTA	<ul style="list-style-type: none"> - De acción. - De omisión <ul style="list-style-type: none"> - Omisión simple. - Comisión por omisión.
POR EL DAÑO	<ul style="list-style-type: none"> - De lesión o daño. - De peligro <ul style="list-style-type: none"> - Efectivo. - Presunto.
POR EL RESULTADO	<ul style="list-style-type: none"> - Formal, acción o mera conducta - Material o de resultado
POR SU DURACION	<ul style="list-style-type: none"> - Instantáneo. - Instantáneo con efectos permanentes. - Continuado. - Permanente.
POR LA MATERIA	<ul style="list-style-type: none"> - Común. - Federal. - Militar. - Político. - De derecho internacional.
POR EL NÚMERO DE SUJETOS	<ul style="list-style-type: none"> - Unsubjetivos. - Plur subjetivos.
POR EL NÚMERO DE ACTOS	<ul style="list-style-type: none"> - Unsubsistente. - Plursubsistente.
POR SU ESTRUCTURA	<ul style="list-style-type: none"> - Simple. - Complejo.
POR SU PROCEDIBILIDAD O PERSEGUIBILIDAD	<ul style="list-style-type: none"> - De oficio. - De querrela.
POR SU REPROCHABILIDAD O ELEMENTO INTERNO.	<ul style="list-style-type: none"> - Doloso o intencional. - Culposo, imprudencial o no intencional. - Preintencional o ultraintencional (eliminadas del Código Penal con la reforma del 10 de enero de 1994).
POR EL BIEN JURÍDICO TUTELADO.	<ul style="list-style-type: none"> - Contra la vida. - Contra el patrimonio. - Contra la nación. - Contra la libertad sexual. - Etcétera.
POR SU ORDENACIÓN METÓDICA	<ul style="list-style-type: none"> - Básico o fundamental. - Especial. - Complementado.
POR SU COMPOSICIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Normal. - Anormal.
POR SU AUTONOMÍA	<ul style="list-style-type: none"> - Autónomo o independiente. - Dependiente o subordinado.
POR SU FORMULACIÓN	<ul style="list-style-type: none"> - Casuístico <ul style="list-style-type: none"> - Alternativo. - Acumulativo. - Amplio
POR LA DESCRIPCIÓN DE SUS ELEMENTOS	<ul style="list-style-type: none"> - Descriptivo. - Normativo. - Subjetivo.

3.1.11.1. Tipos en orden a las características de la formulación de la conducta : de formulación libre y casuísticamente formados.

Los tipos de formulación libre, “son aquellos en los cuales se describe en forma genérica, la conducta o el hecho delictivos, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común, como los describe Remo PANNAIN, o bien se caracterizan por el hecho de que cualquier actividad produce determinado resultado, según el concepto vertido por ANTOLISEI, como sucede en el homicidio, tipo de formulación libre cuya esencia está constituida por el fenómeno de la privación de la vida de un hombre, resultado al cual puede arribarse mediante cualquier conducta eficaz para producirlo”¹¹⁰.

En esta descripción, nos podemos encontrar que para la integración del tipo se requieren de varias conductas, y se da un solo resultado o lesión al bien jurídico protegido por la norma. También se pueden denominar a los tipos de formulación libre a “. . . los tipos penales en los cuales se describe en forma genérica, la conducta o hecho delictivos, de manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de conductas o hechos pero cuya fisonomía es siempre común, como lo describe Remo Pannain.”¹¹¹

A los tipos de formulación libre o elástica, se oponen los de formulación casuística en donde se acumulan varios detalles que describen la conducta delictiva, como ejemplo clásico se encuentra el delito de lesiones.

¹¹⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, pág. 259.

¹¹¹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, 2ª edición, Porrúa, S.A., México, 1999, págs. 973-974.

Los tipos casuísticamente formados, se pueden definir "... en oposición a los de formulación libre o de estructura elástica, a los tipos en los cuales se acumulan detalles innecesarios en la descripción de la conducta o del hecho que los estructuran."¹¹²

Como ejemplo clásico de este tipo tenemos al de lesiones, cuyo bien jurídico protegido consiste en la integración física, por lo que puede constituir el mismo cualquier escoriación, contusión, etc., siendo el tipo uno sólo, donde los hechos o actos que le dieron vida no son relevantes para su constitución.

3.1.11.2. Tipos en orden a la unidad o pluralidad de afectación a los bienes jurídicos tutelados: simples y complejos.

Son tipos simples "Los que protegen un solo bien jurídico. Tomando como criterio orientador la unidad o pluralidad de bienes tutelados, desde Carrara la doctrina ha distinguido entre tipos simples y tipos complejos. Identificanse los primeros en función de la unidad del bien jurídico que a través de ellos se protege: el homicidio, por ese motivo, es un tipo simple, pues en él la vida constituye el bien jurídico tutelado."¹¹³

Si el tipo sólo protege un bien jurídico, entonces estamos ante la presencia del tipo simple, sin que proteja más bienes, ya que entonces nos encontraríamos ante pluralidad de tipos.

"El mismo JIMÉNEZ HUERTA, tomando como criterio orientador la *unidad o pluralidad de bienes tutelados*, clasifica los tipos en: *tipos simples y tipos*

¹¹² Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 973.

¹¹³ *Id.*, pág. 974

complejos, siguiendo el criterio expuesto por CARRARA. “Algunos tipos de delito tutelan, contemporáneamente –dice JIMÉNEZ HUERTA-, no uno, sino dos o más bienes jurídicos”¹¹⁴.

Cuando un solo tipo protege dos o más bienes jurídicos, es cuando nos presentamos ante los tipos complejos, más no a pluralidad de tipos.

“El tipo complejo resulta ser aquel en que la norma protege, contemporáneamente, dos o más bienes jurídicos. Por ello en el delito complejo, como lo ha destacado la doctrina italiana, se da una pluralidad de hechos, por sí mismos delictivos, que en el tipo particular constituyen sus elementos o bien circunstancias agravantes, es decir, que tratándose de figuras concretas y punibles, aisladamente, quedan unidas en virtud de la exigencia del tipo para integrar un solo delito.”¹¹⁵

3.1.11.3. Tipos en orden a la forma de su integración: básicos o fundamentales, especiales y complementados.

Son tipos básicos o fundamentales, aquellos cuyos elementos integrantes, constituyen la esencia o fundamento de otros tipos legales. Existen tipos que no requieren de elementos complejos, sino su propia estructura es genérica.

“Los tipos *especiales* se forman con los elementos del tipo básico, a los cuales se agregan nuevas características, de tal manera que el nuevo tipo

¹¹⁴ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, págs. 258-259.

¹¹⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 973.

así surgido, comprensivo del anterior con el cual se integra, adquiere vida *propia e independiente*, sin subordinación al tipo básico¹¹⁶.

Estos tipos, pueden derivar de los básicos, cuando solamente se le agregan características específicas, como calidades en los sujetos, sea activo o pasivo, o la conducta, por tanto al no tener particularidades propias, no sería especial.

“Son tipos complementados los que, integrándose mediante el tipo básico, al cual se vienen a sumar nuevos elementos, quedan subordinados a éste, careciendo por ello de vida independiente, funcionando siempre relacionados al tipo fundamental del cual se forman. Tanto los tipos especiales como los complementados pueden ser: a) cualificados o agravados, y b) privilegiados o atenuados, atendándose a su penalidad con relación al tipo básico¹¹⁷.”

Dentro de esta clasificación, existen numerosos tipos que dependen de la existencia de un tipo básico, para complementarse, ya que sin él, no podría darse su constitución.

3.1.11.4. Tipos en orden a su autonomía e independencia: autónomos y subordinados.

Los tipos autónomos deben diferenciarse de los subordinados, tomando como criterio de clasificación su relación o autonomía.

¹¹⁶ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, pág. 257.

¹¹⁷ *Ibidem*

Los autónomos no dependen de otro tipo para tener existencia o vida propia, en cambio, los subordinados adquieren vida en razón de la existencia previa de un tipo básico que siempre es autónomo, al cual no sólo se complementan sino que se subordinan a él.

“Son aquellos que requieren, a diferencia de los tipos autónomos, tanto para su existencia como para su funcionamiento, de otro tipo penal del que se forma y al cual quedan subordinados. Tienen la virtud de adicionar los elementos del tipo básico, circunstanciándolo y dando origen a un tipo nuevo que se subordina a aquél.”¹¹⁸

El tipo subordinado, no alcanza existencia propia sin el tipo autónomo, por tanto si el primero se encuentra ausente, no se da el tipo subordinado, en consecuencia, el autónomo subsiste aún sin la presencia del tipo subordinado.

3.1.11.5. Tipos en orden a la forma de afectación al bien jurídico: de daño y de peligro.

Estos se clasifican en cuanto a su alcance y sentido de la tutela penal, “Mariano JIMÉNEZ HUERTA se refiere a los tipos de *daño* y de *peligro*, poniendo de relieve que la tutela penal tiene, por cuanto a los bienes jurídicos, un doble alcance y significado; “unas veces el tipo tutela el bien jurídico frente al daño consistente en su destrucción o disminución; y otra el tipo protege especialmente el bien jurídico del peligro que pueda amenazarle” Los tipos de *peligro* los subdivide en: tipos de *peligro efectivo* y de *peligro presunto*; tipos de *peligro individual* y de *peligro común*”¹¹⁹

¹¹⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, pág. 257.

¹¹⁹ *Id.*, pág. 258.

3.1.11.6. Tipos en orden a su composición: normales y anormales.

Dentro de esta clasificación Luis JIMÉNEZ DE ASÚA distingue entre *tipos normales* y *tipos anormales*. Manifestando que “Aquellos se integran con elementos objetivos, de aprehensión cognoscitiva material, mientras los anormales incluyen también elementos *normativos* y *subjetivos*, cuyo conocimiento implica un juicio valorativo por el aplicador de la ley”¹²⁰.

Podríamos decir, que los primeros sólo requieren para su configuración de la constitución de los elementos normativos y objetivos contenidos en la norma, mientras en los segundos, conllevan a la integración de los elementos subjetivos, cuyo juicio de valoración quedan a cargo del juzgador.

3.1.11.7. Tipos en orden a su formulación: alternativa y acumulativa.

Pavón Vasconcelos, cita a BETTIOL, diciendo que “. . . distingue entre *ley mixta* y *ley mixta acumulativa*. En la primera se establecen diversas modalidades de realización; diversos actos se prevén alternativamente de manera que su valor *fungible* hace indiferente la realización de uno o de otro, pues con cualquiera de ellos el delito se conforma. La segunda, formada por *hechos acumulativamente previstos* implica autonomía funcional por falta de fungibilidad entre los actos, en razón de su diversa exigencia valorativa; en este tipo se recogen una pluralidad de actos delictuosos autónomos entre sí”¹²¹.

Por otro lado, manifiesta que JIMÉNEZ DE ASÚA considera a los tipos acumulativos a aquellos que les falta fungibilidad de los hechos

¹²⁰ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, pág. 258

¹²¹ *Id.*, pág. 259.

previstos en la ley, negando su autonomía funcional, es decir, pueden eventualizarse cualquiera de las acciones descritas para que se considere la formulación del tipo. Nuestro Código Penal Federal, contiene diversos tipos de esta naturaleza en donde las actividades o actos descritos en el mismo, pueden excluir a los demás, por tanto contienen disyuntivas.

En los tipos acumulativamente formulados, se dan la concurrencia de varias hipótesis descritas en el tipo, citando como ejemplo la usurpación de funciones, donde no concurren una sola circunstancia, como es el de que sea cometido por un servidor público, sino que además, se requiere de otra circunstancia o actividad, como el de ejercer funciones inherentes al cargo.

3.1.12. Cuerpo del delito o elementos del tipo penal.

El cuerpo del delito (*corpus delicti*) consiste en un añejo concepto, que ubica la doctrina en su raíz en las leyes germánicas de la Edad Media, las cuales contemplaban huellas del examen del cuerpo de la víctima. En Inglaterra se legisló de manera especial. Más tarde, las legislaciones de todos los países aceptaron la necesidad de la comprobación del cuerpo del delito, lo cual provocó que dicho concepto sufriera variaciones sujetas a diversas influencias, algunas derivadas del paso del tiempo y otras propiciadas por la cultura inmersa en el país en el cual se adoptó.

En el siglo XX el concepto de cuerpo del delito, se tradujo en una expresión de uso común por los prácticos europeos e incluso por las legislaciones americanas, a tal nivel que representó, en su momento, un papel verdaderamente trascendente por su importancia en el Estado de derecho, especialmente derivado del principio de legalidad, el cual ahora asume el tipo penal.

En lo que se refiere al sistema jurídico penal mexicano, el concepto de *corpus delicti* durante años jugó un papel medular, sobre él descansaba el enjuiciamiento punitivo y sus criterios científicos rectores. Preciso es subrayar que su trascendencia fue más allá del derecho procesal penal, llegando a influir el propio derecho penal sustantivo. Al reconocerle al cuerpo del delito un papel fundamental e incluso medular de todo el sistema, es obvio que el mismo dejó sentir su impronta aparición en la dogmática del delito, en forma específica en el estudio de la tipicidad, como certeramente subraya el profesor Franco Sodi cuando afirma “ que para madurar el concepto de cuerpo del delito es muy útil el estudio de la teoría de la tipicidad”, lo cual resulta una cuestión de sistemática, es decir, a fin de poder analizar el cuerpo del delito es necesario partir de la descripción elaborada por el legislador de un determinado comportamiento bajo cuya concreción puede sobrevenir una consecuencia jurídico penal. La doctrina ha discutido desde el origen del concepto en torno a su naturaleza; por un lado, existen autores que le atribuyen un contenido material y, por el otro, los que consideran aspectos tanto materiales como subjetivos en su contenido. También hay posturas que nos permiten identificar a la expresión *corpus delictis* empleada en tres sentidos distintos. En primer lugar, es principalmente empleada la expresión *corpus delicti* como el hecho objetivo, tanto permanente como transitorio, inserto en cada delito, es decir, la acción punible abstractamente descrita en cada infracción —un incendio, un homicidio, un fraude, etcétera—; en segundo lugar, se emplea como el efecto material que los delitos de hecho permanente dejan después de su perpetración —un cadáver, un edificio incendiado, una puerta rota—; finalmente, como cualquier huella o vestigio de naturaleza real, que se conserve como reliquia de la acción material perpetrada —un puñal, una joya, un frasco con residuos de veneno, una llave falsa, etcétera.

El concepto de cuerpo del delito en nuestro país llegó a jugar tal importancia, que incluso formó parte del texto constitucional, basta recordar el contenido original de los artículos 16 y 19, que limitaban el otorgamiento de órdenes de aprehensión y la determinación de la situación jurídica del indiciado, lo cual se prolongó hasta el año de 1993, en que con motivo de la reforma al texto constitucional se suprimió su contenido. La dogmática identificaba tradicionalmente al cuerpo del delito con la existencia de un hecho punible y a fin de lograr la asimilación por parte del alumno, se le otorgaban como características estar integrado por “ todas las materialidades relativamente permanentes, sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el hecho, así como también cualquier otro objeto que sea efecto inmediato de ese mismo delito o que en otra forma se refiera a él de manera que pueda ser utilizado para su prueba”.

En esta tesis se trata de identificar al cuerpo del delito con la materialidad del delito, lo cual resulta congruente con la idea expresada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al interpretar el texto constitucional y considerarlo de la manera siguiente:

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un

hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.

CUERPO DEL DELITO Y RESPONSABILIDAD. El concepto de cuerpo del delito se refiere a cuestiones impersonales, independientemente de la autoría de la conducta: comprobar que hubo alteración en la salud a virtud de conducta humana es acreditar la materialidad del hecho; atribuir la causación del resultado a una persona es problema de responsabilidad.

Sin embargo, dicha idea aportaba serias dudas pues era fácil confundir al juez, o bien a la autoridad investigadora en la comprobación del cuerpo del delito, ya que en el conjunto de elementos físicos o materiales se encuentran los resultantes del hecho, los medios que lo producen, los vestigios y las huellas dejadas por el sujeto activo que despliega el comportamiento. Es decir, alrededor de la comisión de un delito, antes o bien después de consumado, existen una serie de elementos físicos o modificaciones al mundo exterior, que entrañan una manifestación exterior material, que bien podrían confundirse con el cuerpo del delito y que ameritan una delimitación.

A partir de la idea anterior surgía la duda en torno a los elementos del cuerpo del delito en el supuesto de los delitos que no producen manifestación material tangible exterior, este problema se pretendía resolver con la distinción entre *delicta facti permanentis* y *delicta facti transeuntis*, según sea que dejen huellas, rastros o vestigios, o bien, que no los dejen.

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus

elementos externos, lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideraran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

En tal sentido, los elementos del cuerpo del delito se encuadraban en tres grupos: *corpus criminis*, *corpus instrumentorum* y *corpus probationem*.

a) *Corpus criminis*. Es la persona o cosa sobre la cual se han cumplido o ejecutado los actos que la ley menciona como delitos, o la persona o cosa que ha sido objeto del delito (sujeto pasivo-objeto material).

b) *Corpus instrumentorum*. Son los instrumentos utilizados, las cosas con las cuales se cometió o intentó cometerse el hecho delictuoso como medios destinados a facilitar la acción del delincuente (medios).

c) *Corpus probationem*. Son las llamadas piezas de convicción comprendiéndose todas aquellas huellas, rastros y vestigios dejados por el imputado en la comisión del hecho delictuoso.

A su vez, resultaba factible enunciar los elementos del cuerpo del delito que a decir de Manzini eran: los medios materiales que sirvieron para preparar o cometer el delito; las cosas sobre las cuales se cometió; las huellas dejadas por el delito o por el delincuente; las cosas cuya detención, fabricación o venta o cuya portación o uso constituye delito; las cosas que representan el precio o el provecho del delito; las cosas que son el producto del delito, aun indirecto, y no

obstante semejante afirmación, el cuerpo del delito ha sido definido según distintas posturas.

Los clásicos lo entendieron como el delito mismo, D'Aguesseau afirmaba que el cuerpo del delito no era otra cosa que el delito mismo, cuya existencia estuviera establecida por el testimonio de personas dignas de fe, concordes entre sí y perseverando en sus disposiciones incapaces de variar y afirmando a la justicia que se ha cometido un crimen.

Por lo anterior, era necesario distinguir entre el cuerpo del delito y el delito, entendiendo por el primero la materialidad considerada en sus elementos externos, lo cual resultaba congruente con las definiciones que lo consideran un conjunto de elementos externos o materiales que constituyen al delito en sí mismo, en tanto el segundo era la resultante de la suma de un comportamiento antijurídico, culpable y punible.

3.2. LA PUNIBILIDAD Y LAS CAUSAS QUE LA EXCLUYEN.

3.2.1. Concepto.

Se ha considerado a la punibilidad como “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas dictadas para garantizar la permanencia del orden social. La punibilidad, por tanto, forma parte del concepto de acción punible, criterio formalista dentro del cual se ubicó la definición del Código Penal de 1931 que, en su artículo 7º, declaró que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”¹²².

¹²² Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 852.

En concordancia con esta definición, no debe confundirse a la pena con la punibilidad, en razón de que a la punibilidad se le ha considerado como elemento integrante del delito y a la pena, como la consecuencia individualizada de la comisión del delito.

“La acción antijurídica, típica y culpable para ser incriminable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria”¹²³. El autor expresa que en concordancia con el concepto de delito que nos da el artículo 7º del Código Penal Federal, la *acción* como elemento del delito, tiene como presupuesto a la *punibilidad* que es su predicado. Algunos tratadistas como Beling, han criticado esta corriente en el sentido, de que al considerar al tipo como acción *punible*, antijurídica y culpable, se sitúa a la pena como elemento del delito y no como su consecuencia, por tanto no debe considerarse que el delito está integrado por la pena, ya que si ésta se aplica o no en la realidad, la acción descrita por la ley, integra al delito, más no se integra con la amenaza de la pena o la conminación a la *punibilidad*, independientemente de que la pena se aplique o se deje de aplicar, la *punibilidad* no es un elemento esencial en la integración jurídica del delito.

Ahora bien, si bien es cierto que para que exista *punibilidad* en la acción, la ley exige un conjunto de condiciones objetivas o calificaciones al resultado del delito. Las condiciones objetivas de *punibilidad* de la acción, son ajenas a ésta dentro de su aspecto causal físico y pueden ser consideradas como anexos al tipo, de acuerdo con Mezger, como condicionantes de la penalidad o como condicionantes de la *procedibilidad* de la acción penal.

¹²³ Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas, *ob. cit.* pág. 424.

En los delitos llamados privados o de querrela necesaria, es condición de *punibilidad* la querrela del ofendido o agraviado, ya que su ausencia da lugar a que se tenga como tácito el consentimiento del agraviado, de sufrir el daño o la injuria, y tales acciones o tipos quedan impunes. La *punibilidad* también desaparece en ciertos casos que la ley considera por razón de la persona y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables, tal es el caso de las excusas absolutorias.

En los delitos llamados putativos o imaginarios, la *punibilidad* también desaparece, ya que en ellos el agente realiza la acción que cree es delictuosa no siéndolo en realidad, o cuando ésta no es la idónea para producir el resultado previsto por la ley. Luego entonces, si la acción no es punible, no se integra el delito, ya que éste sólo se integrara si de eventualiza la tentativa que incluye el delito imposible.

Fernando Castellanos Tena, expresa que “La punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarrea la conminación legal de la aplicación de esa sanción”¹²⁴. Cuando la conducta desplegada amerita ser sancionada, la misma es punible, es entonces aquí cuando el Estado ejercita el *jus puniendi* e impone la pena a posteriori concretizándose a la imposición de las sanciones penales.

Manifiesta que “punibilidad es: a) Merecimiento de penas; b) Conminación estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales; y, c) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la ley”¹²⁵.

¹²⁴ Fernando Castellanos Tena, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 22ª edición, Porrúa, S.A., México, 1986, pág. 276

¹²⁵ *Id.*, pág. 275.

La punibilidad presenta un serio problema, si se le ubica como elemento esencial del delito, ya que del concepto de delito que se desprende del artículo 7º del Código Penal, exige explícitamente la pena legal, no sólo haciendo alusión a la garantía penal de *nulla poena sine lege*, contemplada en el artículo 14 de nuestra Carta Magna. Al contrario de ello, al negarle el valor trascendental a la pena en base a las excusas absolutorias, aún cuando la conducta ejecutada sea típica, antijurídica y culpable, es constitutiva de delito, pero no es penada por consideraciones especiales, independientemente de la excusa absolutoria, ésta hace que se imposibilite la aplicación de la pena, por tanto la conducta deja de ser punible y ya no encaja en el concepto del delito que señala el precepto legal invocado.

En otro orden de ideas, Sergio García Ramírez expresa que “La punibilidad, elemento o consecuencia del delito, es la sancionabilidad legal penal del comportamiento típico, antijurídico, imputable y culpable”¹²⁶. Concepto del cual hace alusión a la garantía penal constitucional de *nulla poena sine lege* que contempla en artículo 14 de nuestra Carta Magna, implícita en el artículo 7º del Código Penal. Asimismo, se denomina punibilidad a la sanción misma aplicable a un delito, es decir, al tramo punitivo que establece el legislador.

3.2.2. Punibilidad y Delito.

A través de las diversas escuelas, algunos han considerado a la punibilidad como requisito *sine qua non* del delito, esto es como elemento que lo conforma, dentro de su análisis.

¹²⁶ Sergio García Ramírez, *Derecho Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Editorial McGraw-Hill, México, 1998, pág. 73.

Manuel Cobo del Rosal, explica a su punto de vista la relación existente entre punibilidad y delito, diciendo “una toma de posición entre una cuestión de teoría general del Derecho, como es la de las relaciones entre precepto y sanción, y que, o bien se afirma a la posibilidad de separar el precepto de la sanción, con lo que la punibilidad es perfectamente destacable del delito” cobrando autonomía y valor sistemático, o hay indisolubilidad entre precepto y sanción, lo que lleva a negar a la punibilidad función propia, posición que “se afirma, desde el momento que en la norma surgen y funcionan conjuntamente como una sola cosa. Así, se dice, que todo precepto jurídico, para que lo sea debe prever determinadas consecuencias jurídicas. La anterior proposición, expresada negativamente, sería: que solamente cuando se dispone la sanción surge la figura de lo ilícito. Formulada penalmente es: *nullum crimen sine poena*”¹²⁷.

Siendo que con estas consideraciones surge la noción del hecho jurídico, que es considerado como el antecedente lógico de las relaciones entre ilícito y sanción, en este orden de ideas, se eventualiza el delito cuando a un determinado hecho la ley lo reconduzca a una determinada consecuencia jurídica, es decir la pena. Por tanto no pueden existir hechos jurídicos sin consecuencias jurídicas, tampoco puede existir un hecho jurídico ilícito sin sanción jurídica, y mucho menos delito sin sanción penal.

Dentro de este tema, también se destaca la punibilidad entre un momento normativo y un momento aplicativo o de concreción, esto es, el primero se refiere a la norma o precepto legal, el segundo se refiere a la situación realizada o delito. La pena, entendida como la consecuencia jurídica, podrá faltar por cualquier

¹²⁷ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 852.

causa en el segundo momento, pero nunca estará ausente en el momento normativo y, por consiguiente podrá faltar como efectiva consecuencia legalmente prevista.

En el concepto pentatómico del delito, se considera a la punibilidad como elemento con carácter fundamental de la noción del delito, entendiéndose por ésta a “la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social”¹²⁸.

Sobre este aspecto, encontramos opiniones contradictorias como las sostenidas a favor por Franz Von Liszt, Bettioli, Cuello Calón y Jiménez de Asúa, y otras en contrario como las sostenidas por Soler, Castellanos Tena y Villalobos.

Atendiendo al concepto de delito que contempla el artículo 7º del Código Penal Federal, como “el acto u omisión que sancionan las leyes penales”, tal concepción resulta ineficiente, en razón de separa al delito de otras infracciones sancionables. Siguiendo el criterio de Kelsen, quien considera inexistente una obligación jurídica cuando se conduce de cierta forma sino hay norma que estatuya un acto coactivo para sancionar la conducta contraria. Pero es cuestionable, que suceda que por omisión del legislador no se establezca un acto coactivo para sancionar una determinada conducta, contraria a la prescrita en la norma, siendo en este supuesto que no existe obligación jurídica de acatar dicho mandamiento jurídico. En concordancia con la teoría general del Derecho, si todo el derecho es coactivo, ¿cuál es la diferencia entre las otras normas del Derecho con el Derecho Penal? No siendo lo injusto ni lo culpable características distintivas, por tanto tipicidad y

¹²⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 852.

punibilidad se concretizan y diferencian la norma penal de las otras ramas del Derecho.

Siguiendo el concepto de delito contenido en el numeral 7º del Código sustantivo de la materia, solamente es punible lo descrito por las leyes penales y especiales. Dentro del ordenamiento sustantivo penal, encontramos preceptos o tipos que describen conductas o hechos a los que se les asocia la amenaza de una sanción penal, otros establecen prevenciones generales tendientes a la aplicación o inaplicación de los primeros; así se configuran los delitos que constan de precepto y sanción. A través del precepto se dirige un mandato o una prohibición a los particulares destinatarios de ellas, estatuyéndose deberes de obrar o de abstenerse y cuya exigencia es, en virtud de la coacción derivada de la sanción integrante de las normas de este tipo, por ello la norma que pretende imponer una obligación a través de un mandato o de una prohibición sin ligar a ellos la amenaza penal (sanción penal), pierde su eficacia y se convierte en una norma meramente declarativa. Pero decir que la pena es consecuencia del delito resulta correcto, pero no debe confundirse la pena con la punibilidad.

“En consecuencia, no es exacto que existan delitos no punibles, expresión originada en una simple y equívoca redacción de la ley, expresión que se le atribuye a Luis Silvea y que no puede servir de argumento sólido para combatir el criterio de que la punibilidad es carácter esencial en la noción del delito”¹²⁹.

La punibilidad, como merecimiento de la pena o sanción, no es función propia del legislativo, pero conforma la norma jurídico penal, pues si el tipo define a los delitos; un delito sin pena es impune o no castigable.

¹²⁹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 853.

3.2.3. Ausencia de punibilidad.

La punibilidad se encuentra ausente en función de las excusas absolutorias, ya que éstas hacen imposible la aplicación de la pena, constituyendo así el factor negativo de la punibilidad. “Son aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena”¹³⁰. Es aquí cuando el Estado no ejercita la función punitiva, ya que no sanciona determinadas conductas por razones de justicia o de equidad, de acuerdo a la política criminal. Al eventualizarse alguna excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito (conducta o hecho, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*), se configuran, siendo solo excluyente la posibilidad de la imposición de la pena o punición.

Las excusas absolutorias entendidas como las “causas de índole estrictamente personal, taxativamente previstas en la ley penal, que por razones de utilidad pública o política criminal impiden poner pena a un hecho típico, antijurídico y culpable”¹³¹, nuestro Código Penal reconoce las siguientes:

a) Excusa en razón de mínima temibilidad, artículo 375 del Código Penal, relativo al robo.

“ARTÍCULO 375. Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia”.

¹³⁰ Fernando Castellanos Tena, *ob. cit.* pág. 278.

¹³¹ Francisco Pavón Vasconcelos, *Diccionario de Derecho Penal*, pág. 481.

b) Excusa en razón de la maternidad consciente, artículo 333 del Código Penal, relativo al aborto.

“ARTÍCULO 333. No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación”.

c) Otras causas por inexigibilidad, fracción V, párrafo segundo del artículo 400 del Código Penal, relativo al encubrimiento.

“ARTÍCULO 400. Se aplicará prisión de tres meses a tres años y de quince a sesenta días multa, al que:

No se aplicará la pena prevista en este artículo en los casos de las fracciones III, en lo referente al ocultamiento del infractor, y IV, cuando se trate de:

- a) Los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines;
- b) El cónyuge, la concubina, el concubinario y parientes colaterales por consanguinidad hasta el cuarto grado, y por afinidad hasta el segundo; y
- c) Los que estén ligados con el delincuente por amor, respeto, gratitud o estrecha amistad derivados de motivos nobles.

El Juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la acción, las circunstancias personales del acusado y las demás que señala el artículo 52, podrá imponer en los casos de encubrimiento a que se refieren las fracciones I, párrafo primero y II a IV de este artículo, en lugar de las sanciones señaladas, hasta las dos terceras partes de la que correspondería al autor del delito; debiendo hacer constar en la sentencia las razones en que se funda para aplicar la sanción que autoriza este párrafo.”

d) Excusa por graves consecuencias sufridas, artículo 55 del Código Penal, relativo a la aplicación de las sanciones.

“ARTÍCULO 55. Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el Juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el Juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos”.

PUNIBILIDAD

PUNIBILIDAD

1. CONCEPTO.

2. INCORPORACIÓN

EN LA NORMA PENAL.

a) Elementos subjetivos.

b) Elementos objetivos.

3. EXCUSAS

ABSOLUTORIAS

a) En razón de los móviles afectivos
revelados (artículos 151 y 400 del Código Penal).

b) En razón de la maternidad consciente
(artículo 333 del Código Penal).

c) En razón del interés social preponderante (artículos 351 y
358 del Código Penal Federal).

d) En razón de la temibilidad específicamente mínima revelada
(artículo 375 del Código Penal).

3.3. TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD.

Un hecho es antijurídico o jurídicamente ilícito, cuando es contrario a derecho, a esta contrariedad el derecho penal la ha denominado *antijuridicidad*, esto es, contradicción entre un hecho y el derecho.

“El hecho antijurídico se denomina en otros términos *hecho ilícito, acto ilícito* o simplemente *ilícito* o *injusto*”¹³².

De ahí se desprende que lo que contrarie una norma penal, se le puede denominar hecho antijurídico, un ilícito o un injusto jurídico.

Ahora bien, las relaciones entre antijuridicidad y tipicidad son complejas y diversas, existiendo, según Zaffaroni, tres sub-variantes:

“a) Para una posición —que actualmente casi no se sostiene— la tipicidad no indica nada acerca de la antijuridicidad. Esta teoría se conoce como del “tipo avalorado” (también llamado “neutro”, “acromático”).

b) Otra posición entiende que la tipicidad es un indicio o presunción *juris tantum* (que admite prueba en contrario) de la antijuridicidad (teoría de la *ratio-cognoscendi*, sostenida por Max Ernst Mayer, según la cual la tipicidad se comporta respecto de la antijuridicidad como el humo respecto al fuego).

c) Las otras posiciones, que son la antípoda de la del tipo avalorado o acromático, sostiene que la tipicidad es la *ratio essendi* (la razón de ser)

¹³² Biagio Petrocelli, *La antijuridicidad*, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de México, México, 1963, pág. 13.

de la antijuridicidad. Esta posición recoge dos variantes importantes: para unos, la tipicidad cierra el juicio de antijuridicidad, es decir que, afirmada la tipicidad, quedará también afirmada la antijuridicidad y las causas de justificación eliminarán la tipicidad, comportándose como elementos negativos del tipo (ese es el nombre con el que se la conoce: teoría de los elementos negativos del tipo) (fue sostenida por Hellmuth con Weber); para otros, la tipicidad también implica la antijuridicidad, pero ésta última puede excluirse por una causa de justificación en una etapa de análisis posterior (esta es la teoría del tipo de injusto actualmente sostenida por Paul Bockelmann)¹³³.

En concordancia con el autor, podemos excluir la teoría del tipo avalorado, ya que desconocer que el tipo se antepone a la norma, no se puede afirmar que la tipicidad no dice nada de la antijuridicidad. La teoría de los elementos negativos del tipo retrotrae la teoría del delito respecto al concepto de tipo penal, reduciéndolo a dos caracteres específicos. Por último, la teoría del tipo de injusto no procede racionalmente, porque no es coherente que en uno se afirme y en otro se niegue, subsistiendo por tanto, la del tipo indiciario.

Así tenemos:

Teoría del tipo avalorado	Tipicidad	Antijuridicidad
Teoría del tipo indiciario (ratio cognoscendi).	Tipicidad	Antijuridicidad
Teoría del tipo como Ratio essendi de la antijuridicidad.	Tipicidad implica antijuridi- cidad.	Teoría de los elementos negativos del tipo: la justificación elimina la tipicidad. Teoría del tipo de injusto: la justificación elimina sólo la antijuridicidad.

¹³³ Eugenio Raúl Zaffaroni, *ob. cit.* pág. 402.

La antijuridicidad, como valoración negativa (o desvaloración) que el orden jurídico pronuncia respecto a una conducta, radica en la esencial lesividad o puesta en peligro del bien jurídico, pudiéndose hacer referencia al principio de antijuridicidad material, o principio de lesividad, el cual debe de existir la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico. En estricto apego al principio de legalidad, la antijuridicidad formal descansa sobre la material, sin embargo, no siempre la material descansa sobre la formal.

CAPÍTULO IV.- EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO Y EL ESTADO DE DERECHO.

4.1. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL JUICIO DE AMPARO.

4.2. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL MÉTODO DE ESTUDIO DEL TIPO PENAL EN LA ACTUALIDAD.

4.3. ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DEL DELITO ESPECIAL DESCRITO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.

4.3.1. Análisis de la estructura del tipo penal.

4.3.2. Clasificación del tipo.

4.3.3. Análisis objetivo del tipo.

4.3.4. Elementos subjetivos del tipo.

4.3.5. Clasificación del delito en orden al tipo.

4.3.6. Punibilidad.

4.4. IMPROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO DE LA FEDERACIÓN, POR FALTA DE PUNIBILIDAD DEL TIPO EN BLANCO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.

4.5. CONSIDERACIONES PARA PROPONER EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y PROPUESTA DE REFORMA.

CAPÍTULO IV.- EL DELITO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO Y EL ESTADO DE DERECHO.

4.1. LA IMPORTANCIA DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL JUICIO DE AMPARO.

Antes de entrar al estudio dogmático jurídico del tipo penal que describe la conducta en el artículo 206 de la Ley de Amparo, es importante mencionar que toda norma jurídico penal tiene como fin primordial la tutela de los bienes jurídicos, y el único que está legitimado para protegerlos es el Estado, por tanto es importante destacar la trascendencia que tiene el juicio de amparo en nuestro país, pues a través de él, se protege la seguridad jurídica de los gobernados como bien jurídico protegido por el derecho penal. El amparo es un instrumento jurídico que fue creado para impugnar los actos de autoridad que transgreden o violan las garantías tanto individuales como sociales contenidas en nuestra Carta Magna, con el fin de mantener la legalidad y la exacta aplicación del Derecho. El derecho penal es la última *ratio*, esto es, que el Estado tiene que prevenir el delito mediante leyes de carácter administrativo, antes de llegar al derecho penal, en base al principio de intervención mínima, pero al ser la seguridad jurídica un bien jurídico de mayor trascendencia, debe de protegerse totalmente por el Estado y no sólo prevenirse.

El amparo es un juicio que tiene por objeto proteger o garantizar, mediante la protección de la justicia federal los derechos y garantías consagradas en nuestra Constitución, a través del ejercicio de la acción de amparo, los gobernados aseguran el uso pacífico y el respeto a sus derechos subjetivos públicos irrenunciables, por parte de las autoridades.

En virtud de que el Derecho no puede ser una creación caprichosa del Estado, tiene entonces, la obligación de vigilar y proteger los derechos de los gobernados, mismos que debe de respetar cualquier autoridad. Por ello, ante las arbitrariedades del poder público, el gobernado tiene como medio de defensa el juicio de amparo, siendo el instrumento jurídico que le garantiza el respeto a sus derechos constitucionales.

Las garantías constitucionales, son los derechos inherentes del hombre, mismas que tienden a la protección a la propiedad, la libertad, la vida, las posesiones, los derechos, etcétera, por tanto forman parte integrante del Derecho Constitucional, y en base a los bienes jurídicos que tutela, es relevante que el Estado, dentro de su función más importante que es el de mantener y asegurar la paz y bienestar social, debe proteger tanto sus efectos como sus consecuencias, aunado a la proyección internacional que tiene, ya que no sólo México, cuenta con este medio de defensa, paralelamente tenemos el hábeas corpus en los Estado Unidos de Norteamérica, e instrumentos afines como en las Constituciones de Bolivia, Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela; asimismo, tenemos documentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Internacional Americana de los Derechos del Hombre, Declaración Internacional de los Derechos del Hombre y el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Es a través de la norma jurídica penal, como el Estado *protege* al juicio de amparo.

La Ley de Amparo fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936 y entró en vigor al día siguiente de su publicación, como antecedente tiene a la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, del 18 de octubre de 1919. La vigente Ley ha sufrido diversas reformas, tendientes a dar mayor efectividad y adecuación a la misma, ya que protege

todas las materias del derecho como la civil, la administrativa, la penal, la laboral y la agraria.

Ahora bien, sin olvidar que nuestra máxima ley es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que las leyes secundarias emanan de ella, la Ley de Amparo sobresale de las demás leyes federales, en el sentido que tiene como función primordial la resolución de controversias constitucionales y la vigilancia de la legalidad, mediante la adecuada aplicación de las leyes emanadas del supremo ordenamiento de la República.

Es hasta hoy, que la Ley de Amparo, tiende a renovarse, debido a que se busca la evolución de nuestro país, es con el Proyecto de la Ley de Amparo del 17 de noviembre de 1999, como se da un giro importante al juicio de amparo, y como consecuencia de ello a nuestro Estado de Derecho.

El motivo de la creación de una nueva Ley de Amparo, encuentra su base en la consolidación de nuestro Estado de Derecho, como consecuencia de un nuevo milenio, que requiere de contar con mejores leyes, que garanticen la plena vigencia de nuestra Constitución, mayor capacidad para aplicar la ley y una administración de justicia más eficaz.

Dentro de la introducción al proyecto de la "Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", se expresan diversas razones que justifican su creación tales como lo referente a la consolidación del Estado de Derecho al expresar "Lo relevante de la propuesta que se formula es que habrá de darse una ampliación explícita de los contenidos a los cuales deberán subordinar sus actuaciones las autoridades públicas, lo

que habrá de permitir la consolidación del Estado de Derecho y la progresiva judicialización de las actuaciones públicas”.

Lo anterior reafirma, la arbitrariedad con lo que las autoridades, no obstante de ser organismos públicos de representación popular, tienen a transgredir y afectar la esfera jurídica de los gobernados a través de sus actos, siendo necesario subordinar sus actuaciones al Poder Judicial.

Sin embargo, y no obstante que dentro de la exposición de motivos del Proyecto de la Nueva Ley de Amparo, se expresa que “se introdujeron dos tipos penales especiales al haber sido considerados de extrema gravedad: el caso en que las responsables rindan informes falsos en el juicio o en el incidente de suspensión, y la revocación del acto reclamado a efecto de lograr el sobreseimiento para posteriormente insistir en su propio acto”. A pesar de la agregación de tales tipos penales, nuestro tipo legal a estudio NO CAMBIA, en el sentido de que sigue haciendo remisión a otra norma para la imposición de la sanción o punibilidad, sólo cambia en su número quedando contenido en el artículo 259 del proyecto de ley, de la siguiente forma:

“ARTÍCULO 259. La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal Federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.”

De su contenido se puede apreciar claramente que no hubo ningún cambio o evolución, en razón de que contiene la misma descripción legal, siendo sumamente importante y trascendente, cuestionarse, si tal omisión se debe a un pequeño descuido por parte del legislador o si realmente se está proponiendo la verdadera consolidación de un Estado de Derecho.

4.2. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL MÉTODO DE ESTUDIO DEL TIPO EN LA ACTUALIDAD.

En mi opinión y después de haber realizado un análisis de las diversas teorías del tipo penal, se puede concluir que nuestra legislación penal no se encuentra apegada a ninguna de ellas, en razón de que según las teorías de la acción, ni se acoge a la causalista ni a la finalista, pues dentro del análisis del delito se encuentran tanto los elementos objetivos como subjetivos del tipo penal.

Con la reforma al Código Federal de Procedimientos Penales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994, se introdujo por primera vez en nuestra legislación penal, la concepción de los elementos del tipo como una evolución en el derecho penal, considerando al delito subsumible en el tipo, lo anterior se puede observar del contenido de los artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, aunado a que también se introdujo la concepción de la teoría finalista de la acción, dejando o superando la teoría causalista, pues la acción como aspecto del delito, deja de ser el factor del resultado, y se introduce el modelo lógico matemático, quedando de la siguiente manera:

(REFORMADO. D. O. 10 DE ENERO DE 1994)

ARTICULO 168. El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos. Dichos elementos son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos; y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea.

Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley.

(REFORMADO PRIMER PARRAFO, D.O. 18 DE MAYO DE 1999)

ARTICULO 180.- Para la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad el indiciado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

(ADICIONADO, D.O. 13 DE MAYO DE 1996)

Los requerimientos que formule el Procurador General de la República o el servidor público en quien se delegue esta facultad, o la autoridad judicial en su caso, de información o documentos relativos al sistema financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, en sus respectivas competencias. Los requerimientos de información o documentos de naturaleza fiscal, por conducto de la unidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que determine el titular de dicha Secretaría.

(ADICIONADO, D.O. 13 DE MAYO DE 1996)

La información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obran en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa y penal, según corresponda.

Con la reforma que sufre nuevamente el Código Federal de Procedimientos Penales, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 10 de

mayo de 1999, se vuelve a la antigua concepción del cuerpo del delito, retrocediendo no sólo a la teoría clásica del delito, sino a la teoría neoclásica, considerando sólo al delito como la conducta causal, sin darle importancia ni relevancia a la intención o al fin, ubicándolo en la culpabilidad, hasta el momento de dictar la sentencia de fondo, quedando entonces de la siguiente manera:

(REFORMADO. D.O. 18 DE MAYO DE 1999)

ARTICULO 168.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

(REFORMADO. D. O. 10 DE ENERO DE 1994)

ARTICULO 180.- Para la comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculgado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios a derecho.

(ADICIONADO. D. O. 13 DE MAYO DE 1996)

Los requerimientos que formule el Procurador General de la República o el servidor público en quien se delegue esta facultad, o la autoridad judicial en su caso, de información o documentos relativos al sistema financiero, se harán por conducto de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, así como de la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, en sus respectivas competencias. Los requerimientos de información o documentos de

naturaleza fiscal, por conducto de la unidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público que determine el titular de dicha Secretaría.

(ADICIONADO, D. O. 13 DE MAYO DE 1996)

La información y documentos así obtenidos sólo podrán ser utilizados en la investigación y para efectos del proceso penal, debiéndose guardar la más estricta confidencialidad. Al servidor público que quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obran en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa y penal, según corresponda.

Podemos concluir entonces que hasta la reforma de 1993, el delito en nuestro derecho penal se ubico dentro de la escuela positivista o clásica, sobre la teoría causal de la acción, posteriormente se adoptó la teoría finalista de la acción y se adoptó el modelo lógico matemático de los elementos del tipo penal, ahora, con las recientes reformas de 1999, no se volvió a la teoría clásica, sino a la teoría neoclásica del delito, ubicando la conducta en la teoría de la acción causalista, se había pensado en principio que nuestro derecho penal había revolucionado o evolucionado, pero siempre apoyándonos en teorías extranjeras, en razón que no tenemos un modelo único de derecho penal, una dogmática jurídica sustantiva o procesal penal mexicana, sino adoptamos teorías alemanas, italianas, españolas, colombianas, argentinas, sin tener una identidad dentro de nuestro propio derecho penal.

Tal reforma no resolvió el problema para la libración de las órdenes de aprehensión, y para poder llegar a este momento procesal se requiere previa consignación que haga el Agente del Ministerio Público y su solicitud, pues cuerpo de delito no es otra cosa que tipicidad, traducida ésta como el conjunto de los elementos materiales y objetivos del delito. Por tanto, para la integración del delito se deben analizar también los elementos subjetivos del delito, pues con la antigua descripción de los elementos del tipo, solo se describía en sí la tipicidad, o método de

integración de la misma, más aún que no era requisito necesario que se cubrieran todos y cada uno de los elementos, si el tipo en sí no lo requería, por tanto, en la actualidad debe de conformarse los elementos del tipo penal para la integración del cuerpo del delito. Independientemente del método de estudio del delito, para la integración de la averiguación previa, y posteriormente su consignación ante los juzgados penales, al delito se le debe analizar en torno a sus elementos del tipo, que se encuentra subsumido en la tipicidad, nuestro derecho sustantivo para el análisis del delito, se sustenta en la teoría analítica o atomizadora, bajo una teoría tetratómica de los elementos del tipo, considerando al tipo como la descripción que hace el legislador del delito, dentro del cual se encuentran tanto los elementos objetivos, subjetivos y normativos para formar el delito.

El Código Penal de aplicación Federal, al conceptualizar el delito expresa en su artículo 7º que:

“ARTÍCULO 7o. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal.”

Del primer párrafo se desprenden los elementos del delito, consistente en la conducta, típica, antijurídica y culpable, dentro de la conducta antijurídica se encuentran la acción o la omisión, la que da lugar a la clasificación del delito por su resultado. En virtud de que nuestra legislación se apega a los elementos del tipo y este como presupuesto de la tipicidad, toda norma jurídico penal describe conductas, sean de acción o de omisión, y que concierne a todo comportamiento humano voluntario encaminado a un fin, por tanto no puede volverse a la vieja concepción de la acción bajo el análisis de la teoría causalista, pues los tipo penales al describir conductas, prevén el elemento subjetivo del delito, o en su caso el elemento subjetivo específico, bajo el análisis de la teoría causalista, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustenta éste criterio la siguiente tesis cuyo tenor literal es el siguiente:

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: CXXIII

Página: 2098

DELITO, NATURALEZA DEL. Conforme al derecho material, el tipo está constituido por el conjunto de todos los presupuesto a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica, esto es, significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada una sanción penal; por ello se dice que el delito es acción antijurídica, pero al mismo tiempo, y siempre, típicamente antijurídica. El fundamento de tal exigencia lo establece el código represivo en el

artículo 7o., al establecer que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; esto es, que nada puede ser castigado sino por hechos que la ley previamente ha definido como delitos, ni con otras penas que las en ella establecidas o, en otros términos que una acción sólo puede ser castigada con una pena, si ésta se hallaba determinada legalmente antes de que la acción se perpetrara.

Amparo penal directo 2298/54. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 31 de marzo de 1955. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Luis G. Corona. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

Se conceptualiza al delito como el injusto penal, ligándose al tipo con la tipicidad, misma cuya consecuencia conlleva a una pena, la pena se deriva de la punibilidad, siendo que algunos autores consideran a la punibilidad como presupuesto de la culpabilidad, función que le incumbe al Juez.

Por otro lado, los artículos 8° y 9° del Código Penal contienen las siguientes hipótesis normativas:

"ARTÍCULO 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente."

"ARTÍCULO 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de

cuidado. que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

De estos artículos se desprende el elemento culpabilidad, formando parte de ésta el dolo y la culpa. La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sustentado el criterio de la existencia de los dos grados de culpabilidad, pero sostiene que el dolo o la intención pueden formar parte integrante del tipo, siendo que el dolo puede considerarse como elemento del tipo si el legislador lo subsume en el tipo, por lo que se puede sostener que existe la separación entre tipo objetivo y tipo subjetivo, tal y como se desprende de los siguientes criterios jurisprudencia que expresan:

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: Segunda Parte, LXXX

Página: 25

INTENCIONALIDAD O NO INTENCIONALIDAD EN LOS DELITOS. Conforme a lo dispuesto en el artículo 8o. del Código Penal Federal, los delitos pueden ser intencionales o no intencionales, de manera que puede afirmarse en principio que todo delito admite los dos grados de la culpabilidad, a menos que la descripción legal sea tal que necesariamente implique la voluntariedad del resultado, ya sea por contener elementos subjetivos que implícitamente la requieran (el que engañando a otro), o bien cuando explícitamente el legislador al crear el tipo, consignó la intencionalidad como elemento del mismo.

Amparo directo 4428/63. Ramón Acuña Pacheco. 20 de febrero de 1964. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su
Gaceta

Tomo: IV, Diciembre de 1996

Tesis: XX.98 P

Página: 388

DELITOS CULPOSOS, ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, TRATÁNDOSE DE LOS. Conforme a los artículos 8o. y 9o. del Código Penal Federal, las acciones u omisiones solamente pueden realizarse dolosa o culposamente; obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales. Por tanto, para que se acredite plenamente la culpa en los delitos de esta naturaleza deben encontrarse conformados por dos elementos: a) el subjetivo, en el que debe probarse que el agente del delito obró con imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado; y, b) el objetivo, que se aprecia sensorialmente por los efectos que causó, o sea, por los daños materiales.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1025/95. Armando Burguete Salgado. 29 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Francisco A. Velasco Santiago. Secretario: Rafael León González.

En consecuencia, de los preceptos legales anteriormente invocados se desprenden los siguientes elementos: a) Conducta; b) Tipicidad; c) Culpabilidad, y; d) Antijuricidad. Es importante destacar, la diferencia entre delito y tipo, el primero describe una conducta, mientras el tipo es la descripción legal de esa conducta, por tanto el delito esta subsumido en el tipo.

Desde tiempos remotos, se consideró al cuerpo del delito, como los instrumentos utilizados al cometer el delito o las huellas de éste. Nuestra actual legislación, distingue entre lo que es cuerpo, objeto, sujetos, instrumentos, huellas o vestigios, y productos del delito. Hasta la reforma de 1993, en que el cuerpo del delito era el conjunto de elementos que integran la descripción típica, de conformidad con los anteriores artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El cuerpo del delito se encontraba vinculado a la averiguación previa y a la instrucción en el proceso. Siendo la médula en el ejercicio de la acción penal o consignación, en las órdenes de aprehensión o comparecencia, en los autos de formal prisión o de sujeción a proceso, y en los de libertad por falta de elementos para procesar, etc.

Como no ha existido unanimidad de criterios acerca de los elementos del tipo penal, tanto el Ministerio Público y el Juzgador no habían –ni han podido– cumplir con sus respectivas funciones en la averiguación previa y en la instrucción penal. Ante tal controversia el legislador pretendió resolver el problema *por decreto*, para resolver el dilema de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad penal, basta con relatar lo que el Ministerio Público y el juzgador deben tomar en consideración, para sus respectivos efectos: sólo es necesario listar que contienen esos artículos, como si fuesen elementos autónomos y unívocos, pero como la historia nos demostró que no se pudo llevar a cabo esto, resultó necesario definir lo que se entiende por elementos del tipo y qué por probable responsabilidad.

Tales definiciones quedaron debidamente descritos en los anteriores artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, de los cuales se observan de la primera serie a los elementos generales tales como : a) conducta, b) sujeto activo, c) sujeto pasivo, d) objeto material, e) bien jurídico protegido, y f) deber jurídico, elementos que se actualizan en todos los tipos penales, previendo asimismo, y en caso de que así lo requiera el tipo, los elementos los específicos del tipo, mismos que abarcan: las calidades del sujeto activo y pasivo; el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión; el objeto material; los medios utilizados; las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; los elementos normativos; los elementos subjetivos específicos y las demás circunstancias que la ley prevea. Entonces la introducción del cuerpo del delito se debió más bien a cuestiones de práctica que de avance en la ciencia jurídico penal. Eliminándose, para la integración del delito, al tipo subjetivo (o culpabilidad), hasta el dictado de la sentencia definitiva, para efectos de que la solicitud de la orden de aprehensión o el auto de término constitucional no sea tan complejo, siendo el juez quien deba realizar el juicio de reproche hasta el dictado de su resolución definitiva.

definitiva, para efectos de que la solicitud de la orden de aprehensión o el auto de término constitucional no sea tan complejo, siendo el juez quien deba realizar el juicio de reproche hasta el dictado de su resolución definitiva.

4.3. ESTUDIO DOGMÁTICO JURÍDICO DEL DELITO ESPECIAL DESCRITO EN EL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.

Se hará el estudio en base a la teoría legalista del delito, esto es que debe de acreditarse el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. En virtud de que la teoría del delito se adhiere a la teoría tetratómica del delito, así como los elementos del delito para integrarse el cuerpo del delito, atendiendo a la etapa procedimental, consistente en la averiguación previa, función que ejerce el poder ejecutivo a través del órgano de investigación, o Ministerio Público de la Federación, se analizarán los presupuestos del delito en base al juicio de tipicidad.

Ahora bien, entendiendo la acreditación del cuerpo del delito, como tipicidad, y ésta como el análisis de los elementos del tipo penal, sin dejar de considerar tanto sus elementos objetivos, subjetivos y subjetivos específicos. El artículo 206 de la Ley de Amparo, es un tipo que establece un delito especial, contenido en una ley de carácter federal y cuya competencia radica en las autoridades federales, en atención a lo estipulado por el artículo 6º del Código Penal Federal, por la trascendencia del bien jurídico protegido, es importante señalar que ésta ley fue creada a fin de que el gobernado tenga medios de defensa contra los actos de las autoridades que vulneren o afecten sus garantías constitucionales, que todo Estado que se dice ser de Derecho debe de proteger y salvaguardar, garantizando así la seguridad jurídica y la paz social. La primera Ley de Amparo fue publicada en el Diario Oficial de la

Federación del 10 de enero de 1936, en la cual el texto original del artículo 206 a estudio expresaba:

LIBRO PRIMERO

DEL AMPARO EN GENERAL

TÍTULO QUINTO

DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS JUICIOS DE AMPARO

Capítulo II

De la responsabilidad de las autoridades

ARTÍCULO 206. La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será castigada con la sanción que señala el artículo 213 del Código Penal, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

La misma sanción se aplicará cuando deba tenerse por hecha la notificación de la suspensión, en los términos del artículo 33 de esta ley, si llegare a ejecutarse el acto reclamado.

El tipo imponía el deber jurídico de obedecer un auto de suspensión, conducta exigible a las autoridades y la cual, para la punibilidad respectiva hacia remisión al artículo 213 del Código Penal, tipo legal que señalaba como sanción o pena la de prisión, consistente de 6 meses a 6 años de prisión, multa de veinticinco mil pesos y destitución de empleo. Posteriormente, el dispositivo legal a estudio fue reformado, publicándose en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 1984, cuya transcripción literal es la siguiente:

LIBRO PRIMERO

DEL AMPARO EN GENERAL

TÍTULO QUINTO

DE LA RESPONSABILIDAD EN LOS JUICIOS DE AMPARO

Capítulo II

De la responsabilidad de las autoridades

ARTÍCULO 206. La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

El tipo legal seguía haciendo remisión al delito de abuso de autoridad que contemplaba el artículo 213 del Código Penal, para la imposición de la pena respectiva, integrándose el delito con la sanción o punibilidad prevista en el mismo. La última reforma a este precepto legal, fue la publicada en el Diario Oficial de la Federación del 8 de febrero de 1999, quedando de la siguiente manera:

LIBRO PRIMERO. Del amparo en general.

TÍTULO QUINTO. De la responsabilidad en los juicios de amparo.

Capítulo II. De la responsabilidad de las autoridades.

ARTÍCULO 206. La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

En esa tesitura, el estudio dogmático jurídico del cuerpo del delito previsto en el artículo 206 de la Ley de Amparo, en base a sus elementos del tipo dentro de un lenguaje a nivel normativo, siguiendo la estructura del tipo expuesta por Olga Islas y Elpidio Ramírez, bajo los siguientes subconjuntos: a) Conducta, b) Sujeto activo, c) Sujeto pasivo, d) Objeto Material, e) Bien jurídico, y f) Deber jurídico, se analiza de la siguiente manera:

4.3.1. Análisis de la estructura del tipo penal.

El tipo penal a estudio prevé la conducta consistente en la renuencia, en la negativa de la autoridad responsable que, no obstante de encontrarse

debidamente notificada, se niega a cumplir el mandamiento judicial contenido en el auto de suspensión provisional o resolución de la suspensión definitiva otorgada por un Juez de Distrito.

Para que se integre la conducta típica, es fundamental que en la demanda de amparo se precise correctamente la autoridad responsable ejecutora que debe de cumplir con el mandamiento judicial de suspensión del acto reclamado, y un momento determinado la que pueda incurrir en el ilícito penal; también, es indispensable que la suspensión ordenada por el Juez que conozca del amparo sea debidamente notificada a la autoridad responsable que deba acatar tal ordenamiento judicial, bajo las formalidades que rige la ley de la materia. En consecuencia, el elemento volitivo se acredita cuando la autoridad se encuentra notificada y la acción en un dejar de hacer, por tanto es una conducta dolosa, con el fin de no obedecer un mandato judicial en menoscabo de los derechos inherentes del quejoso.

Los elementos normativos del tipo, se justifican de la siguiente manera:

1. CONDUCTA O HECHO.- Sin dejar de considerar la teoría finalista de la acción, la conducta descrita en el tipo es de acción, la cual se traduce en la desobediencia por parte de la autoridad responsable de un auto o resolución de suspensión, ya sea provisional o definitiva, debidamente notificada, esto es que no obstante que el juez de distrito haya concedido la suspensión para el efecto de que no se ejecute el acto de autoridad emitido por ésta, lo haga, desobedeciendo la orden, por tanto, la desobediencia se traduce en un hacer voluntario, que requiere conocimiento pleno por parte del sujeto activo, en la cual sólo operaría como ausencia de la conducta una *vis mayor* o una *vis absoluta*,

la primera que exista un hecho de la naturaleza irresistible que no le permita obedecer el mandamiento judicial como un terremoto, huracán; en el caso de la *vis absoluta*, sólo que el actuario judicial no le haya notificado de la resolución de la suspensión, en la cual no se le puede exigir que realice la conducta si no tiene conocimiento del auto o resolución de suspensión, pues sólo en este caso, se puede realizar la conducta esperada descrita en el tipo. Por tanto se da el nexo de causalidad entre la conducta desplegada y el resultado, cuando se actualice la desobediencia, que requiere de ciertos elementos normativos y subjetivos, tales como la voluntad de querer y entender su actuar, no se puede dar una ausencia de conducta.

2. SUJETO ACTIVO.- En el tipo a estudio, lo es la autoridad responsable señalada, como ejecutora del acto reclamado. El sujeto activo, solamente lo puede ser una autoridad, ya sea federal, local o estatal, municipal, toda autoridad tiene capacidad de ejercicio. Por tanto la calidad específica se encuentra subsumida en el tipo.
3. SUJETO PASIVO.- En el tipo a análisis, lo es el quejoso o agraviado. El tipo requiere como calidad específica del sujeto pasivo que sea el quejoso o agraviado que haya solicitado la suspensión de los actos reclamados al juez de distrito y que éste se la haya concedido, mediante la excitación de la acción constitucional a través del juicio de amparo indirecto.
4. OBJETO JURÍDICO O MATERIAL.- En el tipo lo constituye el respeto y obediencia debidos a las resoluciones del juez que conozca del amparo y la efectividad de tales resoluciones, esto es la seguridad jurídica. La ejecución del acto reclamado y la violación o afectación en la esfera jurídica del gobernado.

5. BIEN JURÍDICO. En base al *principio de exclusiva protección de bienes jurídicos* (artículo 39 constitucional), toda ley penal debe ser dictada para la protección de bienes jurídicos, por tanto en concordancia con el *principio de intervención mínima*, el tipo legal, protege la seguridad jurídica y la aplicación de la legalidad por parte de las autoridades, pues todo Estado, para cumplir con sus fines requiere garantizar el bien común y la paz social, es mediante la seguridad jurídica como el Estado cumple con sus fines propios.

6. DEBER JURÍDICO. Consistente en un hacer, prohíbe la norma entonces, que no se deje de desobedecer un mandamiento judicial, en la especie el auto o resolución mediante el cual se conceda la suspensión provisional o definitiva por parte del juez de distrito en amparo indirecto, para que no se ejecute o se vaya a ejecutar el acto reclamado por parte de las autoridades, siempre y cuando este haya sido debidamente notificado, pudiéndose dar curso de delitos. Encuentra aquí su importancia la relación existente entre deber jurídico y bien jurídico, pues enuncia en forma de prohibición que no se realice la acción, no dejándose pasar por inadvertido que la suspensión que se concede por parte del órgano jurisdiccional, sólo procede para aquellos actos de naturaleza positiva (un hacer), esto es, aún y cuando existen actos negativos (un no hacer por parte de la autoridad), que tiene consecuencias positivas, es factible como se de la violación o lesión al bien jurídico protegido, siendo que a través de la suspensión que se conceda por parte del juez es como se garantiza el actuar bajo un marco de legalidad de las autoridades, y de llegar a ejecutarse se vulneran los derechos inherentes del quejoso y se lesiona la seguridad jurídica, bien de mayor trascendencia e importancia en todo Estado de Derecho.

Ahora bien, el tipo penal requiere los siguientes elementos específicos:

- A. REFERENCIAS TEMPORALES.- La autoridad o autoridades responsables deben encontrarse sabedoras de la resolución mediante la cual se concede la suspensión provisional y definitiva del acto reclamado, y como consecuencia de ello, debe encontrarse debidamente notificada con las formalidades de ley.

- B. REFERENCIAS ESPACIALES. No requiere.

- B. REFERENCIAS DE OCASIÓN.- Que se haya concedido la medida cautelar por el juez de distrito, a favor del quejoso, y que esta medida cautelar siga surtiendo sus efectos, esto es, que si se trata de la provisional, que no se haya celebrado la audiencia incidental, y se haya negado la suspensión definitiva, de conformidad con las formalidades esenciales del procedimiento contenidas en la ley de la materia.

Es importante destacar, que los elementos del tipo son supuestos del delito, considerándose que el deber jurídico así como el bien jurídico es un presupuesto del delito, cuya existencia es necesaria, por tanto en el delito a estudio, no se debe dejar pasar por inadvertido la trascendencia e importancia del bien jurídico protegido, que recae sobre el bien intangible referido a la seguridad jurídica, la cual garantiza la armonía y bienestar social, dentro de la sociedad que compone al Estado, quien tiene la obligación de vigilar su cumplimiento, imponiéndose a las autoridades, sin olvidar que nuestro régimen republicano es representativo, que su actuar se apegue al mas estricto principio de legalidad, legalidad enmarcada o encuadrada en las normas jurídico penales.

4.3.2. Clasificación del tipo.

El delito contenido en el tipo penal a estudio, es un tipo legal, porque fue creado por el órgano legislativo (*principio del hecho*), más no por la función del órgano jurisdiccional, en virtud de que nuestro derecho penal mexicano prevé los principios de legalidad, el cual vincula al juez a aplicar debidamente la ley, *principio de irretroactividad de las leyes* y *prohibición de la analogía in malam parte*, como protección constitucional.

Es un tipo abierto o ley penal en blanco, en razón de que independientemente de que individualiza la conducta esto es, la violación a la suspensión provisional o definitiva del acto reclamado, no precisa la pena, por lo que para integrarlo, el juzgador debe interpretar la norma precisando su alcance. Sin embargo, es importante destacar que no se presenta el problema de la inconstitucionalidad del precepto, ya que no rompe con el principio de legalidad, en razón de que sólo corresponde al juez interpretar la ley precisando sus alcances. Esto es que la punibilidad se encuentra en otra norma de la misma jerarquía y no a un reglamento, aunado a que la punibilidad contenida en otra norma se encuentra debidamente determinada, alcanzando un grado de certeza para su aplicación por parte del juez, más no carece de ésta, ni se deja al juez la facultad de legislar respecto a la punibilidad.

El artículo 206 de la Ley de Amparo, al ser un tipo abierto o tipo penal en blanco constituye una norma incompleta, ya que como se precisó anteriormente la conducta se encuentra debidamente descrita en el tipo, contiene todos los subconjuntos que integran su estructura, todos sus elementos típicos, sin embargo, para que se integre el delito, la sanción o punibilidad quedo indefinida, y

hace reenvío específico al artículo 215 del Código Penal de la Federación, el cual al contemplar o señalar dos penalidades para determinadas conductas, al integrar el tipo abierto (artículo 206 de la Ley de Amparo), la conducta queda indeterminada, ya que la norma de reenvío específico contiene doce fracciones que señalan doce diversas conductas, originando que no se integren los elementos normativos para que se integre debidamente el tipo. La conducta punible, por tanto no está descrita directa y completamente, constituyendo una norma penal en blanco con reenvío específico, quedando solamente cuestionable, si la interpretación que haga el juez al integrar el tipo, viola el principio de legalidad contemplado en el artículo 14 de la Constitución Política, ya que no se puede considerar que se aplica analógicamente una pena, pues con ello se violaría el principio de *nulla poene sine lege*, quedando en consecuencia la antijuridicidad sin la respectiva tipicidad, sin embargo la ley de reenvío tiene la misma jerarquía que la ley especial, pudiéndose estar no en una inconstitucionalidad, sino en un problema de legalidad.

En ese orden de ideas, el tipo a análisis cumple tanto con su función de garantía, al hacer reenvío específico a otra norma de la misma jerarquía, *nullum crimen sine lege*, así como su función fundamentadora, pues la construcción dogmática del delito descansa en tipo descrito en el artículo 206 de la Ley de Amparo.

4.3.3. Análisis objetivo del tipo.

Se analizará la parte externa de la acción, dentro del tipo de prohibición contenido en la ley especial, bajo los siguientes elementos:

Elementos objetivos. Se está ante una conducta de acción, a un no hacer de la autoridad responsable, basta con la desobediencia, sea provisional o definitiva de la

resolución mediante la cual se le concede la misma al quejoso, y por ende se transgredan sus derechos constitucionales. No se requiere de una valoración específica para su entendimiento.

Elementos normativos.- Lo constituye las acepciones de: autoridad responsable, auto de suspensión, debidamente notificado, por tanto, para entender este lenguaje a nivel normativo, la autoridad responsable es parte dentro del juicio de amparo, quien la define en el artículo 11 de la Ley de Amparo; auto de suspensión, es el emitido por el juez de distrito de manera oficiosa o a petición de parte, en estricto cumplimiento a los artículos 122, 123, 124, 124 bis, 125, y 126 de la Ley de Amparo. Sin embargo, el tipo no requiere la calificación que haga el juez de distrito respecto a la violación del auto o resolución mediante la cual se concede la suspensión de los actos reclamados por el quejoso en el amparo indirecto, para que se de la conducta por parte de la responsable, ya que no requiere de la denuncia de violación a la suspensión provisional y definitiva respectivamente, para que el juez de distrito para que de vista al Agente del Ministerio Público de la Federación.

Elementos subjetivos.- En la conducta sólo se actualiza el dolo, si la responsable se encuentra sabedora de la resolución mediante la cual se concede la suspensión del acto reclamado. Aquí, los elementos valorativos, tienen estrecha relación con los elementos normativos, formando parte de la acción en el tipo el dolo, esto es, se requiere que se den los elementos cognoscitivo o intelectual y el volitivo, en base a la teoría finalista de la acción, la conducta o kernel, como núcleo del tipo, siempre tiene una finalidad, que en el tipo a análisis se refleja en un desacato o desobediencia, de un actuar que le es exigible por parte del juez de distrito, dentro de los cuales se encuentran integrados los elementos de la culpabilidad, como lo son la imputabilidad y la exigibilidad.

4.3.4. Elementos subjetivos del tipo.

Se analizará el aspecto interno o psicológico de la conducta (culpabilidad). No obstante de las diversas reformas que han sufrido tanto los artículos 16 y 19 de nuestra Carta Magna, así como los artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, por cuestiones de política criminal y desde su creación como institución, no corresponde al Ministerio Público la de impartir justicia, esto es el juicio de reproche que se hace en la culpabilidad es función única y exclusiva del poder judicial, corresponde entonces hacer un juicio de tipicidad en base al acreditamiento del cuerpo del delito, en orden a los elementos del tipo, sin dejar de observar tantos los elementos normativos, objetivos y subjetivos específicos del tipo, para ejercer la acción penal, pues debe de integrar los elementos del delito, bajo los aspectos positivos de: a) la conducta, b) la tipicidad, c) la antijuridicidad, y d) la culpabilidad, el cual en un nivel fáctico, función de investigación y descubrimiento de la verdad histórica corresponde a la representación social, bajo el aspecto de una probable responsabilidad, esto es que la conducta sea típica, antijurídica y sea imputable y exigible, para que ejercite la acción penal y excite la función jurisdiccional. No obstante ello, en la actualidad, el juez al realizar el juicio de reproche (culpabilidad) hasta el momento de decidir el fondo del asunto, es en donde encuentra el problema en el análisis que realice de los tipos en blanco, los cuales si contienen el precepto o supuesto de hechos (prohibición), pero no la punibilidad dentro del mismo tipo, para integrar la norma jurídico penal, la cual se integra mediante la remisión que haga a otro tipo de la misma jerarquía, luego entonces, impondrá una vez acreditados normativamente los elementos del delito, conlleva a la imposición de una sanción o medida de seguridad como merecimiento de su conducta antijurídica (punibilidad), donde radica esencialmente el problema de este delito especial, por lo que se hará bajo los siguientes supuestos:

Elementos subjetivos específicos. Bajo una perspectiva finalista, el dolo se ubica como parte de la acción, en la cual no se puede estar en este tipo, ante un error de tipo, como aspecto negativo del mismo, pues sólo será invencible cuando la autoridad no tenga el conocimiento para que elimine al dolo, y en consecuencia la conducta exigible sea atípica, es importante diferenciar entre el hecho injusto de otro justo, separar de un injusto punible de otro impune, hacer la calificación del tipo con agravación o atenuación. Lo que en la especie no acontece, ya que el tipo a estudio no contiene una calificativa respectiva, ni existe una atenuación que le favorezca.

Ahora bien, no se puede actualizar en el tipo, ninguna causa de inculpabilidad, ya que el autor del injusto típico objetivo sabía, quería y podía sobre sí mismo, esto es, por la calidad de agente, en su carácter de autoridad, y al encontrarse debidamente notificado de la resolución mediante la cual se concede la suspensión de los actos que se le reclaman, no puede alegar desconocimiento del derecho, pues su actuar, además de ser ilegal en la esfera administrativa, constituye delito, en razón del bien jurídico tutelado que es la seguridad jurídica del gobernado ante los actos de las autoridades emanadas de la democracia o elección popular, pues con ello se rompería no solo con el principio de legalidad, sino con el Estado de Derecho.

4.3.5. Clasificación del delito en orden al tipo.

1. Por la conducta, es de acción, existe un conocimiento previo, ya que de no encontrarse debidamente notificada de la resolución mediante la cual se concede la suspensión al quejoso, no le puede surtir efectos, ni tampoco puede darse el aspecto volitivo, consistente en el querer y entender de su actuar, como si realmente estuviera notificada. En torno a la formulación de la conducta es de formulación libre, ya que el tipo de prohibición, describe

en forma genérica, pudiéndose presentar la misma de diversas formas, llegándose de cualquier conducta para producirlo.

2. Por el daño, es de lesión o daño, rompe con la seguridad jurídica a que tenemos todos los gobernados dentro de un Estado de Derecho.
3. Por el resultado, es material, acción o mera conducta, pues el hacer o dejar de hacer, puede constituir un daño de imposible reparación al quejoso, que en caso de llegarse a consumir o ejecutar el acto reclamado, se quedaría sin materia el mismo, más si se trata de actos que por su propia naturaleza puedan extinguirse.
4. Por su duración, instantáneo con efectos permanentes, mientras no se de cumplimiento a la resolución, podemos estar ante la presencia de actos de tracto sucesivo, que tiene por consecuencia una afectación en sus derechos en forma permanentes, aún y cuando se haya dado sólo una conducta.
5. Por la materia, es federal, al ser la Ley de Amparo una ley de carácter federal, como el Código Penal, se encuentran dentro del mismo nivel jerárquico.
6. Por el número de sujetos, es plurisubjetivo, pues dentro del juicio de amparo pueden señalarse varias autoridades como ejecutoras, surtiendo efectos la suspensión contra todas aquellas sobre las cuales se haya solicitado.
7. Por el número de actos, es unisubsistente.
8. Por su estructura, es simple.
9. Por su procedibilidad o perseguibilidad, es de oficio.
10. Por su reprochabilidad o elemento interno, es doloso o intencional.
11. Por el bien jurídico tutelado, al tratarse de un solo bien jurídico tutelado, es simple porque protege la seguridad jurídica.
12. Por su ordenación metódica, es un tipo básico, en razón de que no requiere de elementos complejos para estructurarse, en virtud de que describe sus elementos normativos o descriptivos.

13. Por su composición es normal, en virtud de que para su constitución sólo requiere de elementos normativos y objetivos contenidos en la norma, ya que la integración de los elementos subjetivos quedan a cargo del juzgador, más no del órgano de investigación.
14. Por su autonomía e independencia, es autónomo porque no requiere de otro tipo para tener vida propia, ni se encuentra subordinado al tipo de reenvío específico, ya que contiene todos sus elementos para su integración.
15. Por su formulación, es acumulativa, ya que se dan la concurrencia de varias hipótesis en el tipo, en principio que se trate de una autoridad, por parte de algún servidor que ejerza esa actividad.
16. Por la descripción de sus elementos, es descriptivo.

Siguiendo el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha clasificado al tipo desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en: básicos, especiales y complementarios. En ese orden de ideas, el delito a estudio (artículo 206 de la Ley de Amparo) es un tipo básico porque no requiere de otro tipo para tener vida propia, aún y cuando no tenga señalada la punibilidad, no se puede presuponer, que se complementa con hacer reenvío para efectos de la misma al tipo de abuso de autoridad contenido en el artículo 215 del Código Penal Federal. Esto es, que sus elementos normativos y descriptivos, identifican al tipo como presupuesto del delito, encuadrándose la tipicidad cuando la conducta externa se adecua al precepto o hipótesis legal.

Esta norma de reenvío, es específica, en razón de que tiene descrita la pena, dejando sólo al Juez la aplicación analógica de la misma, función que

no le corresponde al representante social, pues al no ejercer la acción penal debida, no cumple con los fines para los cuales fue creado.

4.3.6. Punibilidad.

La punibilidad o sanción, integra la norma jurídico penal, la cual le da vida al delito, pues si bien el delito describe conductas o hechos, mediante el tipo como elemento normativo del delito, la sanción da lugar a la punibilidad, como presupuesto de la culpabilidad y ésta como elemento subjetivo del delito, la cual se analiza bajo dos elementos:

1. Elementos subjetivos o calificantes psicológicos, en el delito a estudio, consistirá en que la autoridad señalada como responsable se encuentra sabedora que existe una resolución judicial que ordena se suspenda la ejecución del acto reclamado o no se vaya a transgredir la garantía violada, este conocimiento se acredita siempre y cuando se encuentre debidamente notificada bajo las formalidades que la ley señala.
2. Elementos objetivos o calificantes objetivas. A estos Bending llama a todas las características de punibilidad, también calificantes legales del contenido de la pena, y para el delito tienen un significado netamente criminalístico. Una porción de estas características o calificantes es objetiva, es decir “totalmente independiente del saber del actor” (Schuld)¹³⁴.

¹³⁴ Eduardo López Betancourt, *Teoría del Delito*, 8ª edición, Porrúa, México, 2000, pág. 267

No puede alegarse por parte del órgano investigador la ausencia de punibilidad o que se actualice alguna excusa absolutoria, por la falta de la sanción correspondiente en el tipo básico.

Independiente al método de estudio que se utilice para la persecución de los delitos, como función primordial del Ministerio Público, atendiendo a lo establecido por el artículo 21 de nuestra Carta Magna, no debe de ejercer funciones jurisdiccionales para ejercitar o no la acción penal correspondiente. Esto es, que antes de la última reforma y con la reinsertión del cuerpo del delito en lugar de los elementos del tipo penal, sólo se dejan de analizar los elementos subjetivos específicos del tipo subjetivo o aspecto interno de la conducta, pero su análisis sólo era necesario si el tipo lo requiere.

Sin embargo, al ser la punibilidad un presupuesto de la culpabilidad, el verdadero juicio de reproche que se le hace al sujeto que realizó una conducta típica y antijurídica, le corresponde al juzgador al dictar la sentencia definitiva correspondiente.

Ahora bien el artículo 215 del Código Penal Federal, señala dos tipos de penalidades, constituyendo por tanto la punibilidad, la cual se considera como presupuesto de la culpabilidad, al no tener contenida la sanción o penalidad respectiva el tipo básico, mismo que contiene literalmente:

LIBRO SEGUNDO
TÍTULO DÉCIMO. Delitos cometidos por servidores públicos.
CAPÍTULO III. Abuso de autoridad.

ARTÍCULO 215. Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

- I. Cuando para impedir la ejecución de una ley, decreto o reglamento, el cobro de un impuesto o el cumplimiento de una resolución judicial, pida auxilio a la fuerza pública o la emplee con ese objeto;
- II. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare o la insultare;
- III. Cuando indebidamente retarde o niegue a los particulares la protección o servicio que tenga obligación de otorgarles o impida la presentación o el curso de una solicitud;
- IV. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto, aunque sea el de oscuridad o silencio de la ley, se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él, dentro de los términos establecidos por la ley;
- V. Cuando el encargado de una fuerza pública, requerida legalmente por una autoridad competente para que le preste auxilio, se niegue indebidamente a dárselo;
- VI. Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos que, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o interna a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que está detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;
- VII. Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente, si esto estuviere en sus atribuciones;
- VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente;
- IX. Cuando, con cualquier pretexto, obtenga de un subalterno parte de los sueldos de éste, dádivas u otro servicio;
- X. Cuando en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, otorgue empleo, cargo o comisión públicos, o contratos de prestación de servicios profesionales o mercantiles o de cualquier otra naturaleza, que sean remunerados, a sabiendas de que no se prestará el servicio para el que se les nombró, o no se cumplirá el contrato otorgado;

XI. Cuando autorice o contrate a quien se encuentre inhabilitado por resolución firme de autoridad competente para desempeñar un empleo, cargo o comisión en el servicio público, siempre que lo haga con conocimiento de tal situación; y

XII. Cuando otorgue cualquier identificación en que se acredite como servidor público a cualquier persona que realmente no desempeñe el empleo, cargo o comisión a que se haga referencia en dicha identificación.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones I a V y X a XII, se le impondrá de uno a ocho años de prisión, de cincuenta hasta trescientos días multa y destitución e inhabilitación de uno a ocho años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos. Igual sanción se impondrá a las personas que acepten los nombramientos, contrataciones o identificaciones a que se refieren las fracciones X a XII.

Al que cometa el delito de abuso de autoridad en los términos previstos por las fracciones VI a IX, se le impondrá de dos a nueve años de prisión, de setenta hasta cuatrocientos días multa y destitución e inhabilitación de dos a nueve años para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos.

Ahora bien, con las recientes reformas del 17 de mayo de 1999, que sufrió el Código Penal Federal, el juicio de reproche o culpabilidad, para imponer la sanción, se encuentra debidamente delimitado en los artículos 51, 52 y 64, 64 bis, 65 y 66 para el caso de concurso de delitos, por lo que no se atiende a la peligrosidad del sujeto activo, criterio meramente subjetivo, anteriormente acogido en nuestro Código Penal, sino a la medida de su responsabilidad, relacionándose entonces el deber jurídico con el bien jurídico protegidos por el tipo, luego entonces, la culpabilidad mira hacia el pasado, reprochándose el hecho realizado. En estricto apego a los principios de irretroactividad, garantía de audiencia, exacta aplicación de la ley penal, legalidad y seguridad jurídica contenidos en los artículos 13 al 23 de nuestra Constitución, es como el órgano jurisdiccional ejerce el *ius puenale*, en base al *ius puniendi*, esencia misma del derecho represivo de castigar o *ratio essendi*, mediante la creación de los tipos penales, por parte del órgano legislativo.

4.4. IMPROCEDENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, DEL DELITO PREVISTO EN EL TIPO EN BLANCO DEL ARTÍCULO 206 DE LA LEY DE AMPARO.

Como se ha expresado en líneas anteriores, que por cuestiones de política criminal y al no tener una teoría única del proceso penal, se ha repartido el procedimiento penal entre el poder ejecutivo y el poder judicial, esto es la procuración de justicia a cargo de la institución del Ministerio Público, y la administración de justicia a cargo del poder judicial. En ese orden de ideas, de conformidad con el artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales, podemos dividir el procedimiento penal en siete etapas a saber: 1) Averiguación Previa, 2) Preinstrucción, 3) Instrucción, 4) Juicio o primera instancia, 5) Recursos o segunda instancia, 6) Ejecución, y 7) Procedimientos Especiales. Corresponde entonces la primera etapa del procedimiento penal al poder ejecutivo, encomendando la función investigadora y persecutora de delitos al Ministerio Público de la Federación, quien tiene el derecho de acción penal, como la facultad o potestad de excitar el órgano jurisdiccional. Es cuestionable entonces, que la reforma legal a la Constitución en el año de 1993, fue una evolución impactante en nuestro derecho penal, al ir orientada a normar la atribución del Ministerio Público, al insertarse las concepciones de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad penal, dejándose de aplicar más de 750 criterios de jurisprudencia, en cuanto a lo relativo a la orden de aprehensión y al auto de término constitucional.

En esa tesitura, se ha determinado por parte del órgano de investigación que delito a análisis, se encuentra descrito en un tipo en blanco, una norma jurídica incompleta por faltarle la sanción o punibilidad, tal y como se desprende de la siguiente consideración a observar:



No obstante lo anterior, es de observar, que el delito de abuso de autoridad tenía señalada -- hasta el día 31 de enero de 1989 una sola penalidad, siendo cambiada la misma por decreto publicado el 3 de enero de 1989 en el Diario Oficial de la Federación, con vigencia a partir del 1º de febrero del mismo año, quedando a partir de tal fecha señaladas dos penalidades distintas para las 12 fracciones del artículo mencionado, en consecuencia al no reformarse también el artículo 206 de la Ley de Amparo y precisar cuál era la pena aplicable tal tipo penal carece de penalidad y en consecuencia al ser modificado el tipo indicado conforme a lo dispuesto por el artículo 117 en relación con el 56 del Código Penal Federal, tal situación favorece a los probables responsables y no habiendo sanción para la conducta señalada en el artículo 206 de la Ley de Amparo indicada, los hechos investigado no son delito constitutivo.

Pero toda vez que no se notificó - al denunciante (quejoso en el amparo), la consulta de No Ejercicio de la Acción Penal conforme a la normatividad del Acuerdo A/006/92 no es procedente la misma, por lo que deberá devolverse al lugar de su procedencia para que se cumplimente - tal formalidad.

Por lo anterior con fundamento en el artículo 17 fracción VI del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y la Normatividad de los Acuerdos A/032/91 y A/006/92, se sugiere la devolución del expediente al lugar de su procedencia para los fines indicados.

A T E N T A M E N T E .
SUFRAGIO EFECTIVO. NO REELECCION.
México, D.F., a 14 de diciembre de 1993.
EL C. AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL AUXILIAR DEL C. PROCURADOR.

Lic. NAHUM GARCÍA MARTINEZ.

Vo. Bo.

Lic. JOSE T. LÓPEZ ZAMARRIPA.
AGENTE DEL MINISTERIO PUBLICO FEDERAL
AUXILIAR DEL C. PROCURADOR Y REVISOR.

También, se ha considerado que es necesario la calificación del juez de la violación a la suspensión provisional o definitiva, como requisito de procedibilidad, siendo que esta no es necesaria, en principio por que no debe confundirse con el no cumplimiento a una ejecutoria de amparo, de conformidad con lo que establece el artículo 105 de la Ley de Amparo. Al eventualizarse la violación por parte de la autoridad señalada como responsable, aún y cuando no exista la calificación por parte del Juez de la misma, se dan los elementos del tipo y el cuerpo del delito se acredita con el no cumplimiento al ordenamiento judicial, ahora bien, si el artículo 215 del Código Penal Federal como tipo básico tiene señalada dos penalidades diferentes, esto es de la I a la V y de la X a XII se señalan de 1 a 8 años de prisión, y de la VI a la IX de 2 a 9 años de prisión, esto no quiere decir que si bien es cierto la conducta no se encuadra en ninguna de las doce fracciones, ello no quiere decir que el delito quede impune y se resuelva el No Ejercicio de la Acción Penal, pues al aplicar la mínima de 1 y la máxima de 9, no es una analogía, sino es el señalamiento de la pena correcta y aplicable, ni tampoco se violan los principios de nulla poena sine lege, ni nullum crimen sine lege.

Como se mencionó anteriormente, tampoco se requiere de la calificación por parte del Juez de Amparo de la violación a la suspensión del acto reclamado, en razón de que se trata de un delito de oficio.

Octava Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: XIV-Julio
Tesis: 1a. VI/94
Página: 6

**SUSPENSION, NO ES APLICABLE EL SEGUNDO
PARRAFO DEL ARTICULO 105 DE LA LEY DE
AMPARO, POR INCUMPLIMIENTO DE LA**

AUTORIDAD RESPONSABLE AL AUTO DE. El artículo 143 de la Ley de Amparo, establece para la ejecución y cumplimiento del auto de suspensión, la observancia de los artículos 104 y 105, párrafo primero, 107 y 111 de la propia ley. La exclusión de la aplicación del segundo párrafo del artículo 105 de la Ley de Amparo, para el caso de incumplimiento del auto de suspensión por las autoridades responsables, se confirma con lo establecido por el artículo 206 de la ley en cita que dice: "La autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.". En consecuencia si el peticionario del amparo, estima que la autoridad responsable incurrió en el incumplimiento al auto de suspensión, debe solicitar la aplicación del artículo 206 y no el párrafo segundo del artículo 105, ambos de la Ley de Amparo. Varios 604/92. Difedi, S.A. de C.V. 16 de mayo de 1994. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Samuel Alba Leyva. Ponente: Victoria Adato Green. Secretaria: Ma. Dolores Ovando Conzuelo.

Se ha manifestado que el tipo contenido en el artículo 206 de la Ley de Amparo, constituye una ley en blanco al no contener señalada específica penalidad, y que al hacer reenvío al artículo 215 del Código Penal Federal, tenía señalada una sola penalidad hasta su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 31 de enero de 1989, misma que entró en vigor el 1º de febrero del mismo año, en que tal tipo de prohibición señala dos penalidades diferentes para doce conductas distintas y por tanto, al encontrarse la pena indeterminada, se modifica el tipo conforme a lo dispuesto por el artículo 117 en relación con el 56 del Código Penal Federal, siendo favorable al sujeto pasivo o probables responsables, por tanto se actualiza el principio de *nullum crimen sine tipo*, quedando en consecuencia impune dichas conductas ilícitas.

En virtud de que se procede al no ejercicio de la acción penal, queda desprotegido en consecuencia el bien jurídico tutelado, que lo constituye la seguridad jurídica, dando como consecuencia el abuso de poder y el no respeto a las resoluciones judiciales, en razón de que si las responsables no dan cumplimiento a la suspensión sea provisional o definitiva del acto reclamado, da lugar a la denuncia a la violación a la suspensión y el juez requiere a las responsables y da vista al Ministerio Público, el cual no inicia la investigación respectiva, porque resulta ocioso bajo tales consideraciones.

4.5. CONSIDERACIONES PARA PROPONER EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y PROPUESTA DE REFORMA.

En principio, el Ministerio Público de la Federación, como órgano administrativo de procuración de justicia y a quien por política criminal, se le dio la tarea de investigar y perseguir las conductas delictivas e integrar el cuerpo del delito en base a los elementos del tipo penal, después de haber realizado el juicio de tipicidad debe de ejercitar la acción penal, en el supuesto que las autoridades señaladas como responsables, habiendo sido notificadas de la resolución mediante la cual el Juez de Distrito, conceda la suspensión y más aún la definitiva de los actos reclamados al quejoso, la misma es una conducta dolosa, adecuándose al tipo penal especial del ordenamiento legal señalado.

En ese orden de ideas, no requiere para que se de el delito de la calificativa que haga el Juez de Distrito de dicha violación, no obstante ello, constituye no una prueba indiciaria, sino contundente de la adecuación de la conducta, siendo que no se dan los supuestos que señala el artículo 105 de la Ley de Amparo, en razón de que tal ordenamiento sólo se refiere a las ejecutorias dictadas en los juicios de

amparo, constituyendo un procedimiento distinto, y del cual se pueden desprender otras conductas distintas a la señalada. Sustenta lo anterior, los siguientes criterios de jurisprudencia cuyo tenor literal es el siguiente:

Novena Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su
Gaceta
Tomo: IV, Agosto de 1996
Tesis: XIV.1o.4 K
Página: 755

VIOLACION A LA SUSPENSION. PARA QUE SE CONFIGURE EL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 206 DE LA LEY DE AMPARO, NO SE REQUIERE LA RESOLUCION PREVIA DE LA EXISTENCIA DE LA.

La resolución previa de la existencia de la violación al auto que concede la suspensión, por parte del Juez Federal que conoce de un juicio de garantías, no es indispensable para que se configure el delito que contempla el artículo 206 de la Ley de Amparo, porque tal requisito no se establece en el capítulo relativo a dicha medida, que comprende los numerales del 122 al 144, ni en los diversos 104, 105, primer párrafo, 107 y 111, a los que remite el artículo 143, todos de la propia Ley de Amparo.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 113/96. Flor Cecilia González Montejo. 20 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Mariano Hernández Torres. Secretaria: Elvira Concepción Pasos Magaña.

Octava Epoca
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: X-Diciembre
Página: 375

SUSPENSION, EL AUTO EN EL QUE SE CONCEDE SURTE EFECTOS DESDE LUEGO, DE CONFORMIDAD CON EL PRIMER PARRAFO DEL ARTICULO 139 DE LA LEY DE AMPARO. POR LO TANTO, EL ACTO QUE SE EJECUTE CON POSTERIORIDAD A LA FECHA EN QUE SE CONCEDIO LA MEDIDA CAUTELAR, ES VIOLATORIO DE LA MISMA Y DEBE DECLARARSE INEXISTENTE, CON INDEPENDENCIA DE QUE EN LA FECHA EN QUE SE EJECUTO EL ACTO, LAS RESPONSABLES AUN NO HABIAN SIDO NOTIFICADAS. El primer párrafo del artículo 139 de la Ley de Amparo, es claro y contundente al señalar el momento en que surte efectos la suspensión, pues establece: "El auto en que un juez de Distrito conceda la suspensión surtirá sus efectos desde luego", disposición tajante, en virtud de que el legislador utilizó el modo adverbial "desde luego", que significa "inmediatamente, sin tardanza" (Diccionario de la Lengua Española, décima novena edición, 1970, página 821, bajo la voz "luego... desde luego"), así resulta claro que el momento en que surte efectos la suspensión es cuando, una vez solicitada la medida cautelar, o bien, si procede de oficio, el juez de Distrito o la autoridad que conozca del juicio, examinando las constancias que tenga, determina que la medida suspensiva procede, y dicta el acuerdo o resolución en el que ordena se mantengan las cosas en el estado que guardan. De esta manera, es en la fecha en que se dicta o emite el auto concediendo la suspensión (considerándose que el ideal es que sea la misma fecha en que se solicitó o que se reclamó la violación), cuando surte sus efectos paralizadores, debiendo ser acatadas por cualquier autoridad e incluso por cualquier persona que no obstante no teniendo el carácter de autoridad, tenga alguna ingerencia en la ejecución de los actos. En la práctica se presenta el problema de que el acuerdo o resolución en que se concede la suspensión, desafortunadamente ya no es notificado el mismo día en que se dicta, como fue el deseo del legislador sino que ahora media un tiempo, en ocasiones largo, entre la fecha del acuerdo en el que se concede la suspensión al quejoso, y la fecha en que se notifica éste a las autoridades responsables, sucediendo que en este lapso se llegan a ejecutar los actos suspendidos por el juez de Distrito, actos que son violatorios de la suspensión concedida, por haberse ejecutado con posterioridad a la fecha en

que se emitió el auto de suspensión, por consiguiente, atendiendo a que la violación a la suspensión tiene dos consecuencias que son: el volver las cosas al estado que tenían al momento de decretarse la suspensión, y el determinar la responsabilidad en que incurre la autoridad que desató lo ordenado por un juez de Distrito, estas consecuencias pueden darse la una sin la otra, o bien, las dos juntas. Respecto a la primera consecuencia, esto es, el volver las cosas al estado que tenían al momento de decretarse la suspensión provisional, encontramos dos requisitos: el primero, que la naturaleza del acto ejecutado lo permita, y el segundo, que respecto a dicho acto se haya concedido la suspensión definitiva, en el supuesto de que ésta ya se hubiere resuelto, como es el caso que nos ocupa, en virtud de que la suspensión definitiva va a sustituir a la provisional, dejándola sin efecto en el caso de que se niegue la medida cautelar en contra del acto suspendido con la provisional; el primer requisito de la especie si se da, toda vez, el acto ejecutado después de concedida la suspensión provisional, es la clausura del negocio de la quejosa, acto que por su naturaleza puede dejarse sin efectos y ordenar el levantamiento del estado de clausura ejecutado cuando la quejosa ya disfrutaba de la medida cautelar concedida por la juez de Distrito, y el segundo requisito, relativo a que, de haberse resuelto sobre la suspensión definitiva, ésta se haya concedido por el acto cuya ejecución se reputa violatoria de la suspensión provisional, pues de negarse la definitiva, esto haría jurídicamente imposible volver las cosas al estado que tenían cuando se otorgó la provisional, también se surte. puesto que la juez a quo concedió la suspensión definitiva para el efecto de que no se clausure la negociación que defiende la quejosa. Por consiguiente, al darse los dos requisitos necesarios para que se actualice la primera consecuencia de resultar fundada la denuncia de violación a la suspensión provisional, consistente en que vuelvan las cosas al estado que tenían al decretarse la suspensión provisional, procede declarar inexistente la clausura ejecutada y ordenar que las cosas vuelvan al estado que tenían al decretarse la suspensión provisional. Por lo que hace a la segunda consecuencia que se deriva de la violación a la suspensión, consistente en determinar la responsabilidad en que incurre la autoridad que desató lo ordenado por un juez de Distrito, no se da, es decir, no es el caso de determinar la responsabilidad en que incurrieron las autoridades denunciadas, toda vez que, ésta no existe de

conformidad con el artículo 206 de la Ley de Amparo, el cual señala que será sancionada la autoridad que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, lo que interpretado a contrario sensu significa que una autoridad que no se encuentra debidamente notificada de un auto de suspensión, al momento de ejecutar el acto suspendido o desobedecer lo ordenado en aquél, no será sancionada, esto es, no incurre en el delito de abuso de autoridad, por lo que de no darse exactamente los supuestos que prevé este numeral (que exista una suspensión concedida por el juez de Distrito, que esté debidamente notificada a la autoridad y que ésta la desobedezca), no es el caso de determinarle responsabilidad a esa autoridad, y en el caso a estudio no se dan los tres supuestos jurídicos mencionados, en virtud de que el acto violatorio de la suspensión provisional se ejecutó antes de que el auto que la concedió fuera debidamente notificado a las responsables. Es de concluirse que el hecho de que la autoridad ejecute un acto suspendido por un juez de Distrito, con desconocimiento de que existía tal medida cautelar con anterioridad a su ejecución, no impide que dicho acto se declare nulo de pleno derecho por ser violatorio de la determinación del juez de Distrito y se ordene volver las cosas al estado que tenían cuando se concedió la suspensión, pues el desconocimiento de la medida cautelar, por no haberse notificado legalmente a la autoridad denunciada, el auto suspensivo, sólo trae como efecto el salvar su responsabilidad para que no se le sancione, pero no el que subsistan los actos violatorios de la suspensión concedida.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Queja 283/92. Marlene Mendoza Portillo. 24 de septiembre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: María Guadalupe Robles Denetro.

No es correcto el análisis del delito que hace el órgano investigador, al considerar que el tipo, bajo una interpretación que aun y por el sujeto que la realiza es forense, que en virtud de la inserción de los elementos del tipo por la acepción clásica del cuerpo del delito, surge un problema con la aplicación y

señalamiento en el texto de las consideraciones de la sentencia, al definir el grado de la culpabilidad en base a la temibilidad y peligrosidad del agente, sin embargo, como se expresó, en base a la acción final de Hans Welzel, sólo se requerían que se acreditaran los elementos específicos subjetivos si el tipo lo requería, esto es el dolo y la culpa, reflejada en la intervención del agente del delito. Ello conllevó a una gran impunidad, en razón de que al atribuirse funciones jurisdiccionales, como lo es el juicio de reproche, el Agente del Ministerio Público, en una grave confusión de términos y conceptos, pues al determinar el no ejercicio de la acción penal está, calificando la norma, dejando de cumplir con sus funciones propias.

Debido a la inseguridad y falta de paz social por el alto índice de impunidad, nuevamente se reforma la Constitución en el año de 1999, insertándose nuevamente el concepto del cuerpo del delito en lugar de los elementos del tipo penal, queriendo reparar los daños ocasionados en el año de 1993, con el objeto de resolver los problemas técnicos, reencontrándose el derecho penal con las ideas tradicionales, con el fin de que con la teoría y la práctica se evite la dureza legislativa.

A pesar de lo complicado que puede resultar el análisis de la estructura del tipo penal bajo una concepción finalista de la acción, al insertarse nuevamente la concepción del cuerpo del delito, no se solucionan los desasociados sociales, pues al realizar el juicio de tipicidad en base a la materialidad de la misma, sigue existiendo impunidad, no obstante el finalismo, toda acción es un nexo casual y toda omisión un nexo de atribuibilidad, entre la conducta y el resultado como lo estiman los normativistas, a pesar de tales consideraciones, en el análisis del delito se aplica la teoría psicologista atendiendo la naturaleza misma del delito.

Para que el derecho penal cumpla con sus fines propios, como instrumento del Estado de Derecho, al analizarse el delito debe utilizarse el método exegético de la ley, el cual sirve para explicar la interpretación analógica de la punibilidad, más no su aplicación, por encontrarse prohibida por el artículo 14 Constitucional, bajo una técnica jurídica, de esa forma, se estudiara el problema relacionado con el derecho al caso en concreto, con respecto a si el tipo a estudio es una norma inconstitucional y por tanto la aplicación de la sanción es ilegal. Esto es, que nos presentamos más a un problema de interpretación que de falta de alguno de los elementos que integran al tipo, que lo supriman o modifiquen; así, como la falta de la respectiva sanción o punibilidad, que toda norma jurídico penal requiere para probar su eficiencia, y si con ella se resuelven o no los problemas, no solo en cuanto a la cuestión de fondo si no de forma que presenta el derecho penal mexicano.

Es erróneo la consideración de que el tipo contenido en el artículo 206 de la Ley de Amparo, se modifica al hacer reenvío al 215 del Código Penal Federal, siendo tal situación favorable al probable o probables responsables, siendo procedente la aplicación de lo estipulado por el artículo 117 en relación con el 56 del Código Penal Federal, los cuales disponen:

ARTÍCULO 117. La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56.

ARTÍCULO 56. Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculpado o sentenciado. La autoridad que esté conociendo del asunto o ejecutando la sanción, aplicará de oficio la ley más favorable. Cuando el reo hubiese sido sentenciado al término mínimo o al término máximo de la pena prevista y la reforma disminuya dicho término, se estará a la ley más favorable. Cuando el sujeto hubiese sido sentenciado a una pena entre el término mínimo y el

término máximo, se estará a la reducción que resulte en el término medio aritmético conforme a la nueva norma.

Por tanto se extingue la acción penal al no haber delito que perseguir. Ahora bien, sólo lo que está confuso es la aplicación de la sanción, misma que se realiza bajo el juicio de reproche que haga el juzgador al emitir la sentencia definitiva correspondiente.

Por otro lado, el Juez en base a la interpretación judicial que haga del artículo 215 del Código Penal Federal, al momento de la aplicación de la sanción correspondiente, en términos del artículo 51 del Código sustantivo de la materia, atendiendo al elemento subjetivo del dolo o intencionalidad, la punibilidad aplicable es la que resulte de la elevación o disminución, de los términos mínimo y máximo de la pena, esto es, que si señala por un lado de 1 a 8 años de prisión y otra de 2 a 9 años, en base al principio de legalidad, se aplicará la mínima de 1 y la máxima de 9, no constituyendo esto aplicación analógica de la ley, sino interpretación analógica de la misma, y por tanto no se viola la garantía de seguridad jurídica relativa a la exacta aplicación de la ley en materia penal, que contempla el tercer párrafo del artículo 14 de nuestra Constitución, tampoco se alteran los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, ya que se refieren a todo hecho que no se encuentre tipificado en la ley, dándose en consecuencia la atipicidad, no siendo necesaria encuadrar la conducta que señala el tipo en análisis a ninguna de las doce fracciones que señala el artículo 215 del Código Penal Federal, porque la conducta está debidamente descrita en el tipo, sólo hace reenvío para la aplicación de la norma que contiene la sanción, función que conforme al artículo 21 constitucional, y 4º del Código Federal de Procedimientos Penales, al juez corresponde resolver si existe o no delito federal, determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de las personas acusadas ante él e **imponer las penas y medidas de seguridad que procedan con arreglo a la ley**, bajo un juicio

razonado en estricto apego a las leyes sustantivas y adjetivas aplicables, así como en base a los principios generales del derecho, cumpliendo con la aplicación exacta de ley en materia penal (artículo 14 párrafo tercero constitucional) y en ningún momento se aplica analógicamente pena alguna.

Por criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha sustentado la interpretación analógica en este caso en particular, el cual no vulnera el principio de la *prohibición de la analogía in malam parte*, como se puede advertir en la siguiente tesis cuyo tenor literal es el siguiente:

Novena Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su
Gaceta
Tomo: VI, Diciembre de 1997
Tesis: 1a./J. 46/97
Página: 217

APLICACIÓN EXACTA DE LA LEY PENAL, GARANTÍA DE LA, EN RELACIÓN AL DELITO DE VIOLACIÓN A LA SUSPENSIÓN. El artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, ya que los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos

penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas.

Contradicción de tesis 19/97. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo del Décimo Segundo Circuito. 22 de octubre de 1997. Cinco votos. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel.

Tesis de jurisprudencia 46/97. Aprobada por la Primera Sala de este alto tribunal, en sesión de cinco de noviembre de mil novecientos noventa y siete, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Juventino V. Castro y Castro, Humberto Román Palacios, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente José de Jesús Gudiño Pelayo, previo aviso a la Presidencia.

Al hacer la norma en blanco reenvío específico, éste se complementa, integrando un precepto claro, completo y determinado, que no arroja dudas ni reticencias sobre la materia prohibida, aunado a que ambos preceptos son normas que jerárquicamente se corresponden, por tener carácter federal, siendo su ámbito de validez material, el fuero federal, y dentro de su límite constitucional, ninguno de estos preceptos es inconstitucional puesto que la falta de señalamiento de la pena no es ausencia de punibilidad, sino que esa omisión o falta de técnica jurídica del legislador, no modificó al mismo tiempo el contenido del artículo 206 de la Ley de Amparo, más esa omisión no es contraria al principio de la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal.

Respecto a la forma o manera de aplicarse la pena, no puede contravenir los principios de *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine criemen*, en razón de que el Juez no está facultado para imponer penas mediante una aplicación analógica o

por mayoría de razón, pues estos principios se refieren a que un hecho que no esté señalado en la ley como delito que no es delictuoso, por lo tanto del análisis que se hizo al delito descrito en el tipo penal contenido en el artículo 206 de la Ley de Amparo, se desprende que contiene los elementos de norma punitiva, o sea, la descripción de la conducta que configura y la sanción que ha de aplicarse, se encuentra en otra norma de carácter penal, es decir el artículo 215 del Código Penal Federal, por lo tanto no hay por cuanto a la pena aplicación analógica, por tanto el Juez con apoyo en su facultad punitiva, por la gran trascendencia y gravedad que constituye para la sociedad, puede imponer cualquiera de las dos sanciones que señala el actual artículo 215 del Código Penal Federal, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda de los términos mínimo y máximo.

El Juez puede, aplicar ultractivamente la pena que señalaba anteriormente el artículo 215 del Código Penal Federal, antes de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de enero de 1989, misma que entró en vigor el 1º de febrero del mismo año, en atención al *favor rei*, esto es aplicar la ley más favorable, atendiendo las circunstancias relevantes, aplicación que es constitucional y legal.

Sin embargo, para que realmente nuestro país, llegue a consolidarse como un verdadero Estado social democrático de Derecho, requiere, de la colaboración de los poderes, sin que ello implique invasión a sus esferas, sino única y exclusivamente enfocado, hacia la verdadera seguridad y protección de los gobernados, y así alcanzar la armonía y paz requeridos, si el proyecto de la nueva ley de amparo, deja nuevamente en blanco la norma, no existe la tan afanada búsqueda del mismo.

El derecho penal como última *ratio*, tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos, para que la norma jurídica dirigida a la protección de los mismos, sea legal y eficaz, el legislador debe sentar al delito sobre un concepto lógico y real de la acción, no enfocándose al campo del ser, sino del deber ser, el cual requiere de valoraciones políticas que legitiman el ordenamiento jurídico y permiten hablar de un Estado de Derecho.

Si bien es cierto, cada derecho penal se traduce en la realización de una determinada orientación político criminal, radicada en una valoración basada en la criminología, la filosofía práctica y los ideales comunitarios o fin del Estado, pero cuando esta política está encauzada a la impunidad, a la inseguridad y al deshumanismo de su sociedad, ya no se está frente a un Estado de Derecho, sino a un Estado neoliberal que beneficia solo a ciertas clases, como en su propio beneficio, y si el poder reside en el pueblo como lo sustenta nuestra régimen de gobierno, se encuentra en decadencia cuando ese poder ya no es en beneficio de su sociedad.

Toda norma o teoría jurídica vale no por su congruencia o armonía, sino por sus efectos en beneficio de la sociedad, el derecho penal que debe ser, tiene que incluir el mínimo de daño y el máximo de beneficio posible de las normas penales y su aplicación, de cuyas consecuencias valorativas reduzcan al mínimo los efectos negativos y destructivos de las instituciones penales, lo que supone una organización eficaz y un sistema humanitario, por tanto la política criminal necesariamente tiene que estar encauzada en primer término a la protección del individuo como persona y sujeto de derecho, pero hallando su armonía en el sustento del bienestar social, sin que sea válido hablar de error de prohibición, cuando conlleva a impunidad.

El legislador debe de redactar al tipo penal, en términos mediante los cuales sus respectivos elementos sean claros, precisos y exactos, debe de consignar en las leyes penales expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señale como típica, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, para evitar confusión en la aplicación de la pena, que pueda en un momento determinado estar en demérito de la defensa del procesado, dando así cabal cumplimiento a la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal, que consigna el tercer párrafo del artículo 14 de la Constitución, y con ello se sustente el pleno principio de Estado Social y Democrático de Derecho.

Por otro lado la pena, debe ser encaminada a un concepto de justicia, ya que la pena injusta, estimula o provoca la típica conducta, antijurídica y culpable. Derivado de lo anteriormente argumentado, se puede decir, que el derecho penal tiene una doble misión, controlar el delito y proteger al individuo frente al poder penal del Estado.

No debe olvidarse que la norma jurídica y los principios generales del derecho, son requisito *sine qua non*, como contenido mínimo de la justicia social, la cual da lugar a la coexistencia pacífica de los miembros que componen a la sociedad, fundamento esencial del Estado de Derecho bajo la premisa de una constitución democrática

La pena debe ser eficaz dentro de un contexto de control social, mediante la aplicación legal, justa y humana de sus normas, siendo indispensable que éstas sean legítimas y dirigidas al fin legítimo de un Estado social y demoliberal de derecho.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Si bien es cierto, nuestro Estado Mexicano, tiene adoptada la teoría tripartita de la división de poderes, éstos en realidad no tienen plena autonomía de acción, pues depende en gran medida, del régimen de gobierno que nos rige, esto es una república, representativa, democrática y federal, mismo que ha demostrado que no existe una plena cooperación o colaboración de poderes, entre el Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en principio porque el legislativo crea normas ineficaces, el ejecutivo no cumple con sus funciones de defensa social y el judicial no puede aplicar justicia sino legalidad.

A pesar, de que nuestra constitución es la máxima ley, que contempla todo nuestro derecho positivo y vigente, es cuestionable, que sea auténtica, en virtud de que la historia nos ha demostrado que cada sexenio o cambio de titular del ejecutivo federal, se reforma, adiciona o modifica al arbitrio del mismo, constituyendo un abuso de poder y en consecuencia un abuso del derecho. Claro ejemplo tenemos al artículo 16 de la Constitución, ya que por cuestiones de política criminal se han hecho modificaciones en cuanto a la integración de los conceptos de los elementos del tipo penal por la anterior de cuerpo del delito, para la libración de la orden de aprehensión, y no obstante ello, la impunidad y la seguridad jurídica no han quedado garantizados.

Más sin embargo no podemos hablar de un Estado totalmente de Derecho, donde se aplique justicia en su más amplio sentido filosófico humanitario, sino de un Estado legalista, en el cual se aplican leyes creadas por el órgano respectivo, por tanto no podemos hablar de seguridad jurídica cuando esa ley es inconstitucional o ilegal, o no cumple con el fin propio de la norma jurídico penal, que radica en la protección de bienes jurídicos mediante un mandato de certeza.

SEGUNDA.- Aún y cuando nuestra Carta Magna, prevé a México como un Estado democrático, no podemos hablar de una auténtica democracia, en principio, ésta es ambivalente tanto en su acepción como en su connotación contenida en tal ordenamiento, como se desprende del contenido del inciso a), de la fracción II del artículo 3º constitucional que literalmente expresa: “Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;”, si bien es cierto, nuestra estructura política así la denota, como una república democrática, también lo es que no es una democracia auténtica, ni tampoco liberal, tal pareciera la tendencia un Estado totalitario, con tendencias legalistas.

El régimen democrático establece la colaboración de poderes, contenido en nuestra Constitución, quedando separada la función legislativa de las funciones de aplicación del derecho, o el control del órgano legislativo por los órganos encargados de aplicar la ley, se requiere que el órgano legislativo tenga control sobre el órgano administrativo y judicial, pero en realidad el ejecutivo, tiene el control sobre el legislativo y el judicial, en consecuencia, no estamos frente a una auténtica democracia, sino a una democracia neoliberal.

En base a ello, nuestro procedimiento penal mexicano ubicado en el ámbito federal (artículo 1º del Código Federal de Procedimientos Penales), está dividido en siete etapas, las cuales corresponde al Poder Judicial de la Federación, por conducto de los jueces de distrito en procesos penales federales, la preinstrucción, la instrucción, el juicio en primera instancia, y los recursos en segunda instancia. Al poder ejecutivo, le corresponde las etapas de la averiguación previa por conducto de la institución del Ministerio Público de la Federación, y las de ejecución, así como los procedimientos

especiales (menores, inimputables y farmacodependientes). Quedando, la creación de los tipos penales, en el legislador, así el Poder Legislativo, crea los tipos cumpliendo con los procedimientos de creación de leyes, siendo que el de la iniciativa solo corresponde al mismo poder legislativo y al poder ejecutivo por conducto del Presidente de la República.

TERCERA.- El fin primordial del Estado de Derecho, no es de aplicar estrictamente legalidad, sino es la búsqueda de la justicia bajo en estricto cumplimiento a la ley, pues se ha deshumanizado al derecho mismo, olvidando que son los propios hombres quienes crean las normas, para el bien común y bienestar de la sociedad, no haya su justificante el hecho de sólo crear leyes sin un sentido humano, de equidad y de justicia, por ello, el Estado no progresa, no se desarrolla y no crece, en consecuencia, el ser humano como persona, tampoco lo hace. En esa tesitura, el Estado no cumple con los fines para el cual fue creado, ya que sólo trata de proteger ciertos grupos e intereses sociales, en menoscabo y detrimento de la mayoría, no hay evolución, por tanto tampoco hay Estado Social del Derecho., en razón de que al existir normas jurídicas ineficaces dentro de un ámbito en manos del propio ejecutivo, trae como consecuencia desasosiego social.

CUARTA.- Atendiendo a criterios de política criminal se depositó en manos del Ministerio Público, la función de representante de la sociedad, de ser el abogado de la sociedad, la cual se encuentra debidamente regulada en términos del artículo 21 constitucional, y artículos 1º fracción I y 3º del Código Federal de Procedimientos Penales, luego entonces al no ejercitar la acción penal correspondiente bajo argumentos de falta de técnica o dogmática jurídica, no hace posible cumplir su cometido, aún más cuando la ley penal creada por el legislativo, órgano legitimado para su creación en representación y protección de los intereses de la sociedad, la norma

jurídica no cumple su función de garantía y eficacia, por lo que el representante social no puede adoptar una actitud mediocre y tratar de atribuirse la función jurisdiccional, al determinar no ejercitar acción penal argumentando que el tipo penal no contiene una punibilidad específica, más aún cuando el sujeto activo, lo es una autoridad representante del poder del pueblo.

Al ser el Ministerio Público, una institución de buena fe, indivisible, aunque ya no monopolizadora de la acción penal, ésta en vez de monopolizarse se está desvaneciendo, en razón de que al no tener o no seguir un método de estudio propio del delito, y al adoptar teorías o métodos extranjeros, que ni por cultura, ni por historia real es aplicable en nuestro país, ha conducido a nuestros legisladores a cometer atrocidades con la ley penal, dejándose impunes muchos injustos penales, dañando y causando gravemente a la sociedad. Al adquirir funciones jurisdiccionales que no le corresponden, pues a éste sólo le toca lo correspondiente a integrar el cuerpo del delito en base a los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, bajo un juicio de tipicidad legal, con todos aquellos medios de prueba que creen convicción en el juzgador, para que excite su función jurisdiccional, más no le corresponde determinar si existe o no delito en sí mismo, sino sólo determinar la posibilidad del mismo, bajo una determinación debidamente razonada y fundamentada, en virtud de que la aplicación de la sanción, la cual se actualiza hasta la culpabilidad, función propiamente jurisdiccional, en términos de los artículos 1º fracción IV y 4º del Código adjetivo de la materia, corresponde al juez, dando asimismo, cumplimiento al artículo 21 de nuestra Constitución, por tanto al dejar de ejercitar debidamente la acción penal argumentando ausencia de punibilidad, esta dado lugar a que se incremente la impunidad, creando inseguridad y decaimiento en el Estado de Derecho.

QUINTA.- En una sociedad que constantemente crece y evoluciona, debe abrir sus expectativas, y no encerrarse solamente a las consecuencias de los hechos, esto es, que todo acto humano es una acción, que puede ser o no intencional, previsible o imprevisible, por lo que al seguir un método de estudio en base a la teoría causalista de la acción, dimos un giro regresando a aquellos elementos objetivos, que el Ministerio Público debe analizar bajo un juicio de tipicidad que le permitan integrar los elementos del delito y así estar en aptitud de ejercitar la acción penal o el de solicitar se gire la orden de aprehensión. No es inconcuso, que con cambios inesperados y reversibles, se deshumaniza aún más nuestro sistema judicial del procedimiento penal, porque no se obliga a los juristas del derecho a prepararse más, y por tanto no se obliga a nuestros órganos jurisdiccionales, a involucrarse más en la aplicación de la justicia, limitándose a la aplicación de la legalidad.

A pesar de la integración del concepto del cuerpo del delito por los elementos del tipo penal, que se derivó por la dificultad de poder acreditar los elementos subjetivos específicos del tipo, creando impunidad e inseguridad, no es óbice que aún y cuando se tengan que analizar los elementos objetivos y los normativos del tipo, se dejen de valorar bajo un juicio razonado de tipicidad los elementos subjetivos, ya que no podemos dejar pasar por inadvertido que existen tipos penales que contienen elementos subjetivos específicos, los cuales no son difíciles de advertir, pero si el tipo no los contiene no es necesario su análisis, ya que se debe atender a la naturaleza del delito.

SEXTA.- Si la solución para un adecuado ejercicio de la acción penal, fue el de volver a la vieja concepción procesal del cuerpo del delito, en lugar de los elementos del tipo penal, significa, que el cuerpo del delito constituye los elementos objetivos que constituyen la materialidad externa que integran el delito, mas no era necesario, quitar

los elementos normativos del tipo que desglosaba el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales, para dar mayor facilidad al Ministerio Público de integrar sus averiguaciones previas, en razón de que para la integración de la averiguación previa no se requiere demostrar los elementos subjetivos específicos(dolo) del tipo, ahora delito, solo si el tipo en sí lo requiere, toda vez que ésta es función jurisdiccional misma que ejerce el órgano jurisdiccional por conducto del Juez, siendo facultad exclusiva de conformidad con el artículo 21 de nuestra Carta Magna del Ministerio Público el de acreditar si efectivamente existía o no la conducta por parte del sujeto activo, a través de la acción u omisión y la consecuente lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado del injusto penal. Pero la función de determinar si la conducta es atribuible al sujeto y la correspondiente culpabilidad, para la aplicación de la punibilidad, es función punitiva única y exclusiva del Juez.

No obstante ello y a pesar de las reformas que sufrió nuestra constitución, debido a emergencias políticas, y con la nueva inserción del cuerpo del delito para la integración del delito, no puede dejar pasar por inadvertido al realizar el juicio de tipicidad, que se tienen que analizar los elementos subjetivos cuando el tipo penal en sí mismo lo describe, subsumiendo tanto los elementos normativos y subjetivos del tipo, en los elementos objetivos, no concretándose solamente a los elementos materiales de la conducta descrita como delito.

SÉPTIMA.- Después de haber hecho un estudio dogmático jurídico del tipo penal contenido en el artículo 206 de la Ley de Amparo, bajo la luz de un esquema meramente legalista, se determina que el delito es la típica conducta, descrita en el tipo penal, antijurídica, culpable y punible, por lo que el tipo cubre tanto los elementos objetivos, normativos y subjetivos, que componen al tipo objetivo, que bajo un valoración objetiva se da el juicio de tipicidad y por tanto la integración del delito,

entonces, su clasificación en orden al tipo era un tipo incompleto más no un tipo en blanco antes de la reforma que sufrió tal precepto legal en el año 1984, el cual remitía a la pena señalada en el artículo 213 del Código Penal, que contenía una sola sanción consistente en pena de prisión, siendo que ni el Ministerio Público, ni el Juez, tenían problemas para administrar o aplicar justicia, ni mucho menos el juez al momento de hacer el juicio de valor, para la imposición y aplicación de las penas. Pero al integrarse dos sanciones de penas de prisión distintas, indebidamente se consideró que la norma es abierta, o tipo en blanco, ya que si bien es cierto la norma jurídica especial contenida en el artículo 206 de la Ley de Amparo es una norma incompleta, en razón de que contiene el precepto más no la sanción, ésta no es inconstitucional en razón de que hace remisión a otra norma jurídica del mismo rango, por tanto se le puede considerar como un paratipo penal, al hacer remisión al tipo de abuso de autoridad, para la aplicación de la sanción consistente en pena de prisión que señala el artículo 215 del Código Penal Federal, la cual constituye la norma de reenvío específico, considerando que por carecer de una punibilidad indeterminada, no es procedente el ejercitar la acción penal, por error de tipo, que a diferencia del error de prohibición o error de derecho, no excluye la tipicidad (ni el injusto penal) sino el reproche de la culpabilidad.

OCTAVA.- Ahora bien, como se apuntaló anteriormente corresponde al Juez del conocimiento de la causa el de determinar, si la conducta puesta a su consideración por el Ministerio Público, constituye o no delito, determinar o no la responsabilidad del acusado y de ser procedente imponer la sanción correspondiente, sin hacer declaración alguna sobre la constitucionalidad de la norma, ya que no tiene el control difuso de la constitución. A pesar de que el tipo penal es incompleto, y que la norma de reenvío específico, conlleva a que ésta quede abierta, no es inconstitucional cuando el juez del conocimiento al hacer el juicio de reprochabilidad **interpreta**

analógicamente la sanción contenido en el tipo de reenvío, y no viola el principio de legalidad ni el *nullum crimen sine lege* o *nulla pena sine tipo*, por lo que al tomar el Ministerio Público la determinación de no ejercitar la acción penal, de no excitar la función del órgano jurisdiccional por ser un tipo en blanco, viola tanto los principios de legalidad, como los fines para el cual fue constituido, pues deja de cumplir con su función como representante de la sociedad, en consecuencia prevalece la impunidad, que atendiendo al bien jurídico tutelado, que lo constituye la seguridad jurídica, protegida a través del juicio de garantías, nuestro Estado, no se constituye en un Estado de legalidad, ni mucho menos de Derecho, sino en un Estado absolutista y totalitario.

NOVENA.- No obstante del proyecto de reforma, de la Nueva Ley de Amparo, el tipo penal, vuelve a quedar en blanco, ya que no al no integrarse la sanción correspondiente, nuevamente deja la pena en blanco, por lo que es necesario e indispensable, que exista verdadera colaboración o cooperación de poderes, aún y cuando es el Poder Judicial quien administra justicia, mediante la aplicación de las leyes, corresponde al legislativo su perfeccionamiento, siendo fundamental, que no se deje a un lado la visión de realmente consolidar y luchar por un verdadero Estado de Derecho, porque no puede constituir un descuido, tan delicada situación, pues ni el juicio de amparo, cumple con sus funciones de proteger la constitucionalidad y legalidad de las actuaciones de las autoridades, se deja en la nada jurídica la protección de los derechos más fundamentales de los gobernados, como lo constituye la gama de bienes jurídicos tutelados que en la especie lo es la seguridad jurídica.

De esa manera el Derecho Penal, como un medio del Estado para cumplir con sus fines, deja de cumplir con su misión de controlar el crimen y proteger al individuo frente al poder penal y al abuso de las autoridades, y al quedar impune una conducta

típica, antijurídica y culpable, es el actuar del Ministerio Público ilegal, pues si bien la pena tiene que cumplir con el papel social para la cual fue determinada aún y cuando esta no sea eficaz, la impunidad no previene el delito, dando lugar a males mayores y a la disolución del orden social, ya que no se debe hacer a un lado la cuestión de que no solamente tiene señalada una sanción independientemente de la de prisión, consistentes en destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos y multa.

DÉCIMA.- El Derecho penal debe buscar, al igual que las otras ramas del derecho, preservar la justicia social y la dignidad humana, ahora bien cuando el legislador crea tipos abiertos, con penas indeterminadas, éstas constituyen el marco del Estado democrático de derecho y acarrea si no son eficaces, descontrol social y abuso de la autoridad, cuando son excesivas acarrear terror penal, y cuando el Estado, con reformas o creación de nuevas leyes, no convence, quiere tapar con penas desmedidas las fallas del sistema y sus propias deficiencias.

Al quedar debidamente determinada la sanción en el tipo penal, se puede estimar que su imposición cumple con las garantías formales de todo proceso penal, el derecho penal no solo es liberal sino liberatorio, en el sentido de que promueve el cambio social conducido hacia la materialidad y la igualdad, antes de obstruirlo, ya que por el contrario hablaríamos de un derecho penal opresorio. En esencia, se estaría ante un derecho penal de liberación, un derecho penal de paz y de democracia, que promovería el desarrollo y la justicia social.

DÉCIMA PRIMERA.- En cualquier Estado de derecho, el derecho penal debe mantenerse dentro de los límites de la más estricta y extrema necesidad social, como lo es la seguridad jurídica en respecto de sus derechos inherentes, buscando una solución

dogmática conforme a la lógica razonada, basada en valores fundamentales o superiores del ordenamiento jurídico, y si nuestra Constitución ha sido reformada 498 veces desde el lunes 5 de febrero de 1917 hasta el 4 de agosto de 2000, en un promedio de seis reformas anuales, las cuales no tienen una explicación lógica jurídica y que se inclinan más a proteger aspectos políticos y fallas del sistema, que estar encaminada a mantener la fuerza crítica y propulsora de los ideales de la comunidad jurídica nacional, hacia el fundamento de la lógica material de valores bajo el marco supremo de la idea de Estado social y material del derecho, y su camino a la participación puramente democrática en beneficio de su propia sociedad y del Estado como ente jurídico.

DÉCIMA SEGUNDA.- La tolerancia del actuar ilegal de las autoridades aleja la posibilidad de lograr un Estado social y democrático del derecho, ya que nuestras leyes dejan mucho que desear en lo relativo a la seguridad jurídica, la protección de los bienes, etc. Se impone entonces la necesidad de que nuestros legisladores se aboquen a revisar seriamente la legislación mexicana a fin de mejorar las condiciones de seguridad, hacer más eficiente la administración de justicia y de esta manera, crear el desarrollo mediante incentiva a la inversión y la generación de empleos.

Para que México alcance un estrato superior de desarrollo se requiere de legislación adecuada que garantice los derechos de las personas, sin perpetuar ineficiencias, y dotar a las autoridades de recursos necesarios y capacitación adecuada para que apliquen la ley de manera general y en forma expedita, en estricto cumplimiento a una constitución que se encuentre apegada al cumplimiento estricto de los fines del Estado.

PROPUESTAS

PRIMERA.- El artículo 206 de la Ley de Amparo, como norma de reenvío es una norma incriminadora incompleta, no puede considerarse imperfecta, en razón de que contiene precepto y sanción, sólo que para integrarse, remite directamente a otra norma penal, por lo que la doctrina le ha llamado *paratipo penal*, pues al hacer remisión a otro tipo penal que realmente la subsume se complementa. Ahora bien, si bien es cierto describe la conducta humana, activa, se olvida de la dirección objetiva de la función punitiva del derecho penal hacia la protección del bien jurídico, que consiste en que se respete el auto de suspensión ya sea provisional o definitivo, concedido en juicio de amparo.

Las normas de derecho penal sólo pueden prohibir conductas, porque toda conducta humana lleva a un fin, ni toda conducta en relación con un bien jurídico tutelado, debe ser conminada con una pena criminal, sólo en aquellos casos de peligrosidad la conminación de la pena puede considerarse como legítima en un Estado de Derecho. Al tratarse de un bien jurídico fundamental, como lo constituye la seguridad social, aquella autoridad que se encuentra debidamente notificada de la resolución mediante la cual se concede la suspensión del acto reclamado, cae en una conducta de gran peligrosidad, porque denota abuso de poder y violación a las normas de garantías.

Luego entonces, se propone pase a ser una norma completa, esto es que no obstante que se trata de un tipo penal especial, por estar contenida en una norma que no tiene el carácter de penal, se convierta en integradora y reguladora, en razón de que la norma de reenvío específico, es decir, el artículo 215 del Código Penal Federal, no establece adecuadamente la conducta, quedando en consecuencia, no obstante de configurarse todos los elementos del tipo penal, sin la imposición de la pena o castigo, función exclusiva del Juez, más no del Ministerio Público de la Federación.

SEGUNDA.- También se propone, que para el análisis e integración del delito, se realice bajo el método de estudio de la teoría finalista de la acción, debiéndose incluir la concepción los elementos del delito tanto en el artículo 16 de nuestra Constitución Política, y el desglose de los mismos, en los artículos 168 y 180 del Código Federal de Procedimientos Penales, bajo una perspectiva real, sin copiar exactamente las doctrinas extranjeras, por lo que se debe crear una Escuela Penal, donde se capacite a aquellos juristas y profesionales que ejercen el derecho penal, bajo una colegiación y capacitación continua.

TERCERA.- Ahora bien, para que un Estado funcione como un verdadero Estado Democrático y Social de Derecho, el Poder Judicial debe tener la fuerza y autonomía que realmente requiere, y que sus determinaciones se ejecuten y cumplan, mismas que deben estar basadas en principio por leyes que sean creadas para cubrir su función primordial, bajo un sistema humanitario, en el cual, si bien es cierto en la pena debe incluirse el mínimo de daño y su máximo beneficio en su aplicación, sin dejar de pasar por inadvertido el bien jurídico que tutela la norma, que en el caso específico lo es la seguridad jurídica, ya que sin ella, no existe el Derecho, y el derecho penal no cumple tampoco su función, pues mediante la imposición de una pena injusta, se estimula o provoca el delito, más aún cuando el sujeto activo lo es la autoridad, creada para cumplir ciertas funciones.

En esa resitura, aún y cuando se realice la calificación de la violación a la suspensión, provisional o más grave la definitiva de los actos reclamados, por parte del Juez de Distrito, dando vista al Ministerio Público de la Federación, ello no repercute en nada, toda vez que al quedar en el no ejercicio de la acción penal se crea inseguridad jurídica.

CUARTA.- Si bien es cierto que el artículo 206 de la Ley de Amparo, no es inconstitucional, en razón de que no viola el principio de la aplicación analógica de la

pena, sino que el Juez al hacer el juicio de reproche realiza una interpretación analógica de la norma, no se violentan los principios o garantías penales, debe de individualizarse la pena, incluyéndosele en el tipo penal, tomando en consideración que es primordial la seguridad jurídica de la sociedad, pues ello va dirigido a las personas, que constituyen el eje del concepto de Estado de derecho y este la idea rectora en una Constitución Democrática. Ahora bien, si bien es cierto que no violan los principios de derecho penal, también lo es que estos no son reglas que se encuentren normados, por tanto las normas penales deben de constituir la verdadera garantía, mismas que sean el verdadero fundamento esencial o *conditio sine qua non* del Estado, tanto formal como material, de derecho.

De esa forma, la pena debidamente determinada, debe cumplir el papel social para la cual fue creada, sin olvidar que su fin es el bienestar de la sociedad, encaminada a resolver conflictos o curar males sociales. Su eficacia como medio de control social de ciertas conductas es relativo y limitado, y depende entonces, del cumplimiento de ciertas condiciones previas, que deben de anteceder a su uso como subsidiarias del derecho penal, por ello la pena debe utilizarse sólo en el contexto de un Estado social y demoliberal del derecho, en aras de la búsqueda de la justicia social.

Justicia social y dignidad humana corren parejas y para ambas es indispensable la satisfacción de las necesidades primarias del hombre, pues sólo de este modo pueden llegar a florecer las secundarias.

Debe entonces, incluirse en la norma jurídica una sanción que además de ejemplificativa sea preventiva, en lugar de tener como mínimo 1 año de prisión y 9 años de máximo, sería correcto señalar una pena de prisión de 5 a 20 años, además de ser conjuntiva con la destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o

comisión públicos, por el mismo tiempo que el de prisión y multa de 100 a 500 días de salario mínimo general vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso. Sin dejar de observar las reglas que establecen los artículos 51 52 del Código Penal Federal, y las que se señalan para el caso de que exista concurso de delitos establecida en el artículo 64 de la ley sustantiva de la materia.

QUINTA.- Se propone que dentro del proyecto de la nueva Ley de Amparo, se abra un capítulo respectivo de delitos, dentro del cual se incluya el tipo penal a estudio, integrándose la norma jurídica tanto con el supuesto de hecho y la sanción, quedando de la siguiente manera:

Artículo 259.- Se impondrá pena de prisión de 5 a 20 años, multa de 100 a 500 días de salario mínimo general vigente al momento de la comisión del hecho delictuoso y destitución e inhabilitación para desempeñar otro empleo, cargo o comisión públicos, por el mismo tiempo que el de prisión, al servidor público que con carácter de autoridad responsable en un juicio de amparo o en el incidente de suspensión, desobedezca un auto de suspensión debidamente notificado, independientemente de cualquier otro delito en que se incurra.

El tipo penal queda completo, conteniendo en el mismo elementos objetivos normativos y subjetivos, para integrar el delito debidamente especificados.

SEXTA.- Con el objeto de que nuestro país, sea un verdadero Estado social y democrático de Derecho, se propone que se otorgue facultad al Poder Judicial de la Federación, a nivel constitucional para que inicie leyes, en razón de que es el órgano del Estado encargado de interpretarlas y aplicarlas a los casos en particular, en cumplimiento a su función de impartidor de justicia, del encargado de dirimir y resolver controversias, dando lugar a la verdadera colaboración de poderes bajo la idea tripartita del poder, en busca de lograr la armonía y conciliación entre los principios de libertad y autoridad, entre las exigencias de un orden político estable y un gobierno más participativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Amuchategui Requena, Griselda.
Derecho Penal.
2ª edición.
México, Editorial Oxford, 2000.
476 p.
- Beccaria..
Tratado de los Delitos y de las Penas.
10ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
408 p.
- Castellano Tena, Fernando.
Lineamientos elementales de Derecho Penal.
22ª edición.
México, Editorial Porrúa, 1986.
359 p.
- Carrancá y Trujillo, Raúl y Raúl Carrancá y Rivas.
Derecho Penal Mexicano. Parte General.
20ª edición.
México, Editorial Porrúa, 1999.
982 p.
- Daza Gómez, Carlos.
Teoría General del Delito.
8ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
313 p.
- De la Barrera Solórzano, Luis.
Algunos Pseudoproblemas en el Derecho Penal.
México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.
89 p.

- Días, Elías.

Estado de Derecho y sociedad democrática.

7ª edición.

Madrid, Editorial Edicusa, 1979.

204 p.

- Fernández Carrasquilla, Juan.

Delito y Error. Perspectiva político-criminal.

Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 1990.

86 p.

- Fernández Carrasquilla, Juan.

Derecho Penal Fundamental.

Tomo I y II, 2ª edición.

Santa Fé de Bogotá- Colombia, Editorial Temis, 1993.

378 y 522 p.

- Franco Guzmán, Ricardo.

Delito e injusto.

México, 1950.

- García Ramírez, Sergio.

Panorama del Derecho Mexicano. Derecho Penal.

México, Editorial Mc Graw-Hill, 1998.

191 p.

- Góngora Pimentel, Genaro David.

El Derecho que tenemos: la justicia que esperamos.

México, Editorial Laguna, 2000.

572 p.

- Jescheck, Hans-Heinrich.

Tratado de Derecho Penal. Parte General.

Traducción y adiciones de Derecho Español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde.

3ª edición.

Volumen Primero.

Barcelona, Bosch Casa Editorial, S.A., 1978.
696 p.

- Jiménez de Asúa, Luis.

Tratado de Derecho Penal.

Tomo III, 3ª edición.

Editorial Losada.

Buenos Aires, 1965.

- Islas, Olga y Elpidio Ramírez.

Lógica del tipo en el Derecho Penal.

México, Editorial Jurídica Mexicana, 1970.

96 p.

- Kelsen, Hans.

Teoría General del Derecho y el Estado.

2ª edición.

México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.

477.

- Kelsen, Hans.

La Teoría Pura del Derecho.

4ª edición.

México, Colofón, S.A., 2000.

83 p.

- Legaz y Lacambria, Luis.

Humanismo. Estado y Derecho.

Barcelona, Bosch-Casa Editorial, 1960.

412 p.

- López Betancourt, Eduardo.

Teoría del Delito.

8ª edición.

México, Editorial Porrúa, 2000.

313 p.

- Malo Camacho, Gustavo.

Derecho Penal Mexicano.

México, Editorial Porrúa, 2000.
714 p.

- Mancilla Ovando, Jorge Alberto.

Teoría legalista del delito.

México, Editorial Porrúa, 1994.
222 p.

- Manual de acuerdos y circulares vigentes.

Procuraduría General de la República.

México, 1994.
371 p.

- Mezger, Edmundo.

Derecho Penal. Parte General.

2ª edición.

México, Cárdenas Editorial y Distribuidor, 1990.
459 p.

- Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales.

Criminalia.

México, Editorial Porrúa, 1998.

- Osorio y Nieto, César Augusto.

Delitos Federales.

México, Editorial Porrúa, 1994.
691 p.

- Pavón Vasconcelos, Francisco.

Manual de Derecho Penal Mexicano.

México, Editorial Porrúa, 1974.
496 p.

- Petrocelli, Biagio.

La antijuridicidad.

Facultad de Derecho, UNAM.
México, 1963.

125 p.

- Plascencia Villanueva, Raúl.
Teoría del Delito.
2ª edición.
México, Universidad Nacional Autónoma de México, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
287 p.

- Porte Petit Cadaudap, Celestino.
Programa de Derecho Penal. Parte General.
3ª edición.
México, Editorial Trillas, 1990.
954 p.

- Quintero Olivares, Gonzálo.
Represión penal y Estado de Derecho.
Barcelona, Editorial Dirosa, 1976.
149 p.

- Reyes Echandía, Alfonso.
Tipicidad.
6ª edición.
Santa Fé de Bogotá- Colombia, Editorial Temis, 1997.
299 p.

- Rodríguez Muñoz, José Arturo.
Tratado de Derecho Penal I.
Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955.

- Serra Rojas, Andrés.
Ciencia Política.
4ª edición.
México, Editorial Porrúa, 1988.
798 p.

- Serra Rojas, Andrés.
Teoría del Estado.
15ª edición.
México, Editorial Porrúa, 2000.
849 p.

- Villalobos, Ignacio.
Derecho Penal Mexicano. Parte General.
5ª edición.
México, Editorial Porrúa, 1990.
654 p.
- Welzel, Hans.
La teoría de la acción final.
Buenos Aires, Editorial Depalma, 1951.
44 p.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl.
Manual de Derecho Penal. Parte General.
2ª edición.
México, Cárdenas Editor Distribuidor, 1998.
857 p.

DICCIONARIOS

- Pavón Vasconcelos, Francisco.
Diccionario de Derecho Penal.
2ª edición.
México, Editorial Porrúa, 1999.
1127 p.

REVISTAS.

- Aportaciones a la Teoría del tipo, obtenidas del modelo lógico matemático del derecho penal. Olga Islas de González Mariscal y Elpidio Ramírez Hernández.

LEGISLACIÓN EN CD ROOM.

- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicana.
- Ley de Amparo.